Mitverschulden als Generalklausel und als Spezialkorrektur von Einzelhaftungsnormen im deutschen, schweizerischen und französischen Recht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
ROLF KELLER
aus Stuttgart

1965

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

8121

Mitverschulden als Generalklausel und als Spezialkorrektur von Einzelhaftungsnormen im deutschen, schweizerischen und französischen Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

ROLF KELLER

aus Stuttgart

1965

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

Dekan: Professor Dr. Ferdinand ELSENER

1. Berichterstatter: Professor Dr. Walter ERBE
2. Berichterstatter: Professor Dr. Josef ESSER

Tag der mündlichen Prüfung: 3.3.1965

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547608_0020

VORWORT

Die große Bedeutung des Prinzips der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens in der deutschen Rechtslehre und -praxis zeigt sich unter anderem an der Fülle wissenschaftlicher Abhandlungen, die sich seit Jahrzehnten mit den Problemen des Mitverschuldens befassen. Den Autoren ist es aber trotz tiefer Kenntnis der Grundlagen unserer brügerlichen Rechtsordnung und trotz aller Gründlichkeit in der Darstellung nicht gelungen, sämtliche Fragen erschöpfend zu beantworten.

Die nachfolgende Untersuchung begnügt sich mit der vergleichenden Gegenüberstellung der Behandlung des mitwirkenden Verschuldens in den Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs und der Schweiz. Die Vergleichung soll zeigen, wie die einzelnen Staaten die Probleme des Kompensationsprinzips zu lösen versuchen. Wenn dabei Anregungen für das Durchdenken des eigenen Rechts vermittelt werden könnten, so wäre das erfreulich.

"I never completely understood the French law before coming to the United States and studying another system", versichert Lepaulle[x]). In der Verallgemeinerung ist an dieser Aussage gültig, daß die Rechtsvergleichung Vorzüge und Schwächen des eigenen Rechts schärfer hervortreten läßt.

Es lag nahe, das schweizerische und das französische Recht zur Vergleichung mit der deutschen Rechtsordnung heranzuziehen. Diese drei Rechtsordnungen haben das römische Recht zur gemeinsamen historischen Grundlage. Sie haben sich im Laufe ihrer Entwicklung ständig gegenseitig beeinflußt und befruchtet. Die historischen Wurzeln der zu vergleichenden Rechtsinstitution durften deshalb nicht vernachlässigt werden.

Der Versuch, einen knappen Überblick über das Prinzip der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens in den drei Rechtsordnungen zu geben, machte es

---

x) The Function of Comparative Law with a Critique of Sociological Jurisprudence, in Harvard Law Review 1922, p. 838.

notwendig, längst entschiedene Streitfragen anzuschneiden und forderte an manchen Stellen die Beschränkung auf den Forschungsbericht.

Besonderer Dank für die Unterstützung meines Vorhabens gebührt Herrn Professor Dr. Erbe, Tübingen, der mir stets mit gutem Rat beistand.

Großen Dank schulde ich Herrn Professor Dr. Esser, Tübingen, für viele Anregungen und freundliche Hilfsbereitschaft.

Der französischen Regierung und dem Centre d'Etudes Françaises, Tübingen, bin ich für ein längeres Forschungsstipendium in Paris zu Dank verpflichtet.

Herr Professor Dr. Oftinger, Zürich, hat mir wiederholt wertvolle Hilfe erwiesen. Dafür möchte ich mich bestens bedanken.

Zahlreiche Hinweise verdanke ich Herrn Professor Dr. von Caemmerer, Freiburg i.Br., Herrn Assistent Rechtsanwalt Dr. Bucher, Zürich und Herrn Amtsgerichtsrat Dr. Haase, Leonberg.

Weil der Stadt, im Juli 1964

Rolf Keller

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Vorwort
Inhaltsverzeichnis
Abkürzungsverzeichnis

Einleitung

Erster Teil 3

Grundlagen

1. Kapitel 3

Historische Wurzeln des Kompensationsprinzips

I. Das römische Recht 3

II. Das gemeine deutsche Recht 6

III. Deutsches Partikularrecht 7

Anhang: Mitverschuldensberücksichtigung im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch 10

2. Kapitel 11

Der rechtsethische Wert einer generellen Ausgestaltung des Prinzips der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens

I. Die Bewertung des Kompensationsprinzips durch die Rechtsordnungen 12

Seite

II. Der erzieherische Wert des Kompensationsprinzips für den Geschädigten 15

III. Das Ermessen bei der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens 16

3. Kapitel 18

Allgemeines zur Ausgestaltung des Prinzips der Berücksichtigung des Mitverschuldens im deutschen Recht

1. Abschnitt 18

Die konkrete Ausgestaltung des Kompensationsprinzips im Bürgerlichen Gesetzbuch

I. Der Charakter der Vorschrift des § 254 BGB 19

II. Die Stellung des § 254 im Normengefüge des Bürgerlichen Gesetzbuches 22

III. "Treu und Glauben" und § 254 BGB 22

2. Abschnitt 25

Die Grenzen der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens

I. Die Grenzen des § 254 BGB 25

II. Die Grenzen des dem § 254 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedankens 27

4. Kapitel 29

Grundsätzliches zur Regelung des mitwirkenden Verschuldens im schweizerischen Recht

1. Abschnitt 29

Grundlagen der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens

Seite

2. Abschnitt 31

Die rechtliche Charakterisierung des Mitverschuldens

5. Kapitel 35

Grundsätzliches zur Regelung des mitwirkenden Verschuldens im französischen Recht

1. Abschnitt 35

Das ungeschriebene Gesetz der Berücksichtigung des Mitverschuldens

I. Mitverschuldensberücksichtigung als Gewohnheitsrecht 35

II. Versuch, die Berücksichtigung des Mitverschuldens dogmatisch aus art. 1382 C.c. abzuleiten 38

III. Mitverschuldensberücksichtigung und überpositives Rechtsdenken in Frankreich 39

2. Abschnitt 40

Wesen und Wirkung der "faute de la victime"

I. Voraussetzungen 40

II. Das Wesen der "faute de la victime" 41

III. Die Wirkung des Mitverschuldens auf den Schadensersatzanspruch 42

IV. Die Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens in der richterlichen Praxis 44

6. Kapitel 46

Ausblick in das engliche Recht: Lehre von der "Contributory Negligence"

Seite

Zweiter Teil 51

Vergleichende Gegenüberstellung von allgemeinen und speziellen Anwendungsfällen des Prinzips der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens

1. Kapitel 51

Mitverschulden im Vertragsrecht

1. Abschnitt 51

Mitverschuldensberücksichtigung im allgemeinen Vertragsrecht

I. Das deutsche Recht 51

1. Ist § 254 BGB in den Fällen des Verschuldens beim Vertragsschluß anzuwenden? 52

2. Mitwirkendes Verschulden bei Leistungsstörungen 53

a) Verschuldete Unmöglichkeit 53
b) Schuldnerverzug 54
c) Sonstige schuldhafte Forderungsverletzung 55

II. Das schweizerische Recht 55

1. Mitverschulden bei der culpa in contrahendo 56

2. Die Leistungsstörungen 56

III. Das französische Recht 57

1. Kenntnis und fahrlässige Nichtkenntnis schadensbegründender Umstände beim Vertragsschluß 59

2. Die Leistungsstörungen 59

		Seite
2. Abschnitt		60
Mitwirkendes Verschulden im Einzelvertragsrecht		
I. Das deutsche Recht		61
1. Mitverschulden im Kaufrecht		61
a) Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängeln		61
b) Gewährleistungsansprüche wegen Rechtsmängeln		62
2. Mitverschulden im Miet- und Pachtrecht		63
3. Mitverschulden im Arbeitsvertrag		64
4. Mitverschulden im Werkvertrag		66
II. Das schweizerische Recht		67
1. Mitverschulden im Kaufrecht		67
2. Mitverschulden im Miet- und Pachtrecht		69
3. Mitverschulden im Dienstvertrag und Arbeitsverhältnis		69
4. Mitverschulden im Werkvertrag		71
III. Das französische Recht		71
1. Mitverschulden im Kaufrecht		71
2. Mitverschulden im Miet- und Pachtrecht		73
3. Mitverschulden im Arbeitsrecht		73
4. Mitverschulden im Werkvertrag		73
2. Kapitel		74
Mitverschulden im Deliktsrecht		

Seite

1. Abschnitt 74

Die Berücksichtigung des Mitverschuldens bei unerlaubten Handlungen im allgemeinen

I. Das deutsche Recht (unter Vorwegnahme der §§ 823 bis 826 BGB) 74

II. Das schweizerische Recht 75

III. Das französische Recht 76

2. Abschnitt 77

Besonderheiten bei der Anwendung des Kompensationsprinzips im Bereich der Verschuldenshaftung bei unerlaubten Handlungen

I. Das deutsche Recht 77

1. Die Bauschädenhaftung nach § 836 BGB 77

2. Mitverschulden und Haftung wegen Verletzung der Aufsichtspflicht nach § 832 BGB 78

3. Mitverschulden bei Ansprüchen mittelbar Geschädigter (§§ 846, 845 BGB) 78

4. Mitverschulden beim Schmerzensgeldanspruch (§ 847 BGB) 79

5. Mitverschulden und Billigkeitshaftung nach § 829 BGB 80

Anhang: Mitverschulden und die Haftung wegen Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB 81

II. Das schweizerische Recht 83

Seite

1. Vorbemerkung 83

2. Mitverschulden und Haftung wegen Verletzung der Aufsichtspflicht 83

3. Mitverschulden und "Versorgerschaden" nach Art. 45 OR 84

4. Mitverschulden und "Genugtuung" nach Art. 47 OR 85

5. Mitverschulden bei der Billigkeitshaftung nach Art. 54 OR 86

III. Das französische Recht 86

1. Vorbemerkung 86

2. Mitverschulden bei der Bauschädenhaftung nach art. 1386 C.c. 89

3. Mitverschulden bei Verletzung der Aufsichtspflicht nach art. 1384, al. IV C.c. 92

4. Mitverschulden bei Ansprüchen mittelbar Geschädigter 92

5. Mitverschulden beim Schmerzensgeldanspruch 93

6. Mitverschulden und Billigkeitshaftung 94

7. Mitverschulden bei der Tierhalterhaftung nach art. 1385 C.c. 95

3. Kapitel 96

Zurechenbare Mitverursachung bei der Gefährdungshaftung

1. Abschnitt 96

Grundzüge der Gefährdungshaftung im deutschen, schweizerischen und französischen Recht

Seite

I. Das deutsche Recht 96

II. Das schweizerische Recht 98

III. Das französische Recht 99

2. Abschnitt 101

Die zurechenbare Mitverursachung bei der Haftung ohne Verschulden

I. Das deutsche Recht 101

1. Zurechenbare Mitverursachung und Gefährdungshaftung im allgemeinen 101

2. Zurechenbare Mitverursachung und die Tierhalterhaftung nach § 833 BGB 102

3. Zurechenbare Mitverursachung und Reichshaftpflichtgesetz 103

a) Die Haftung beim Betriebe von Eisenbahnen 103

b) Die Haftung beim Betriebe einer Elektrizitäts- oder Gasanlage nach § 1a RHaftpflG 106

c) Die Ersatzansprüche Dritter nach § 3 RHaftpflG 106

4. Zurechenbare Mitverursachung im Straßenverkehrsrecht 106

5. Zurechenbare Mitverursachung im Sachschadenhaftpflichtgesetz 110

6. Zurechenbare Mitverursachung im Luftverkehrsgesetz 111

7. Zurechenbare Mitverursachung in den Schadensersatzfällen der Zivilprozeßordnung: §§ 302 Abs. IV, 600, 717 Abs. II und 945 ZPO 112

		Seite
II.	Das schweizerische Recht	113
	1. Zurechenbare Mitverursachung und Gefährdungshaftung im allgemeinen	113
	2. Zurechenbare Mitverursachung bei der Werkhaftpflicht nach Art. 58 OR	114
	3. Zurechenbare Mitverursachung bei der Tierhalterhaftung nach Art. 56 OR	115
	4. Zurechenbare Mitverursachung im Eisenbahnhaftpflichtgesetz	117
	5. Zurechenbare Mitverursachung im Elektrizitätsgesetz	118
	6. Zurechenbare Mitverursachung im Straßenverkehrsrecht	119
	7. Zurechenbare Mitverursachung im Luftrecht	122
	8. Zurechenbare Mitverursachung in Schadensersatzfällen des Zivilprozeßrechts	122
	a) Das kantonale Prozeßrecht	123
	b) Das Bundesprozeßrecht	124
III.	Das französische Recht	124
	1. Zurechenbare Mitverursachung und Gefährdungshaftung im allgemeinen	124
	2. Zurechenbare Mitverursachung im Code de l'air	125
	3. Zurechenbare Mitverursachung in Projekten zur Neuregelung des Straßenverkehrsrechts	127
	4. Zurechenbare Mitverursachung im Prozeßrecht	128

Seite

4. Kapitel 129

Mitwirkendes Verschulden bei Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung

1. Abschnitt 129

Mitverschulden im deutschen Bereicherungsrecht

I. Mitverschulden und Eingriffskondiktion 130

II. Mitverschulden und Leistungskondiktion 133

2. Abschnitt 135

Mitverschulden im schweizerischen Bereicherungsrecht

3. Abschnitt 136

Mitverschulden im französischen Bereicherungsrecht

Schlußbemerkung 140

Literaturverzeichnis 141

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
al.	aliéna
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
Art.	Artikel
art.	article
Aufl.	Auflage
AZP	Archiv für die zivilistische Praxis
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bd.	Band
Bem.	Bemerkung
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts in der amtlichen Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
C.c.	Code civil
Ch.civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Ch.réun.	Chambres réunies de la Cour de cassation
chron.	chronique
Civ.	siehe Civ.c.
Civ.c.	Chambre civile (ou Section civile de la Chambre civile) de la Cour de cassation
CO	Code des obligations

D.	Recueil périodique de jurisprudence de Dalloz Digesten
D.A.	Recueil analytique Dalloz
DAR	Deutsches Autorecht
D.C.	Recueil critique Dalloz
D.H.	Recueil hebdomadaire de jurisprudence de Dalloz
D.P.	siehe D.
DR	Deutsches Recht
éd.	édition
EE	Eisenbahn-Entscheidungen
EHG	Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Post (Schweiz)
ElG	Elektrizitätsgesetz (Schweiz)
Erw.	Erwägung
FHG	Fabrikhaftpflichtgesetz (Schweiz)
Fußn.	Fußnote
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
Gaz.Trib.	Gazette des Tribunaux
Gew.u.KaufmG.	Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
GruchBeitr.	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
i.V.	im Verhältnis
IURA	Rivista internazionale di diritto Romano et antico
J.	Jurisprudence
J.C.P.	Jurisclasseur périodique
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring und anderen
LFG	Luftfahrtgesetz (Schweiz)
LVG	Landesverwaltungsgericht Luftverkehrsgesetz

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MFG	Motorfahrzeuggesetz (Schweiz)
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
p.	Seite
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel
RAG	Reichsarbeitsgericht
Rec.	Recueil (Entscheidungssammlung)
Recht	Das Recht, begründet von Soergel
Req.	Chambre des Requètes de la Cour de cassation
Rev.crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
RHaftpflG	Reichshaftpflichtgesetz
RNr.	Randnummer
S.	Recueil de jurisprudence de Sirey
S.chron.	Sirey chronologique
Sem.Jur.	Semaine juridique
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
SHaftpflG	Sachschadenhaftpflichtgesetz
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
s.p.	siehe Seite
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SVG	Straßenverkehrsgesetz (Schweiz)
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung
t.	tome (Band)
VAE	Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen
VersR	Versicherungsrecht
VRS	Verkehrsrechtssammlung

WarnRspr.	Rechtsprechung des RG, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung abgedruckt ist, begründet von Warneyer
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozeßordnung

Einleitung

In sehr vielen Haftungsfällen ist der Schaden nicht allein durch die Tat des Schädigers entstanden. Oft hat der Geschädigte zu seinem eigenen Schaden mit beigetragen, sei es, daß er bei dem Zustandekommen des Schadensereignisses mitwirkte, sei es, daß er erst nach Verletzungseintritt den Umfang der Verletzungsfolgen erweiterte. Bei Vorliegen der von den Rechtsordnungen normierten näheren Voraussetzungen hat der Geschädigte für seine Mitwirkung aufzukommen. Er kann, zumindest mit einem Teil des Schadens, selbst endgültig belastet werden.

Das Verhalten des Geschädigten, das zu dieser Eigenbelastung führt, wird in der nachfolgenden Untersuchung, einem eingebürgerten Sprachgebrauch folgend, kurzweg "Mitverschulden" oder "mitwirkendes Verschulden" genannt. Terminologisch ist dabei zu beachten, daß hier der Begriff "Verschulden" nicht in seinem engen Sinne verstanden sein will, sondern, daß er jeden gesetzlichen Verantwortungsgrund einschließen soll. "Mitverschulden" in diesem Sinne läßt sich korrekter definieren als "zurechenbare Mitverursachung durch den Verletzten". Diese Erweiterung des "Mitverschuldens"-Begriffs wird besonders dort wichtig, wo Rechtsordnungen ein - im engeren Sinne - schuldloses Verhalten auf Grund von Kausalhaftungstatbeständen zurechnen. Es wird deshalb in den Abschnitten, die sich mit Kausalhaftung befassen, vorzugsweise von "zurechenbarer Mitverursachung" zu sprechen sein.

Die Berücksichtigung der eigenen zurechenbaren Mitverursachung durch die Rechtsordnungen wird im folgenden wahlweise als Prinzip der Berücksichtigung des Mitverschuldens, des mitwirkenden Verschuldens oder des konkurrierenden Verschuldens, als Kulpakompensation oder ganz kurz als Kompensationsprinzip bezeichnet. Diese Begriffe werden synonym gebraucht werden. In seiner Verwendung als die Bezeichnung eines "Prinzips" wird der Begriff Kompensationsprinzip - entgegen seiner klassischen Definition - auch dann genommen, wenn eine Rechtsordnung oder ein Einzeltatbestand keine Abwägung des beiderseitigen Mitverursachens, sondern einen Haftungsausschluß wählt.

ERSTER TEIL

Grundlagen

1. KAPITEL

Historische Wurzeln des Kompensationsprinzips

I. DAS RÖMISCHE RECHT

Das römische Recht ist die gemeinsame Grundlage der kontinental-europäischen Rechtsordnungen. Sie alle wurden, teils stärker, teils schwächer, früher oder später, vom römischen Rechtsgute beeinflußt und befruchtet[1]. Die intensivste und nachhaltigste Übernahme römischer Rechtslehren und -institutionen ereignete sich in Deutschland im 14. und 15. Jahrhundert. Der einzigartige Vorgang - bekannt unter der Bezeichnung Rezeption - führte zur ausnahmslosen Aneignung des gesamten römischen Rechtsstoffes. Das in Deutschland bisher heimische germanische Recht wurde immer mehr, schließlich ganz verdrängt.

Auch Frankreich konnte sich dem Einfluß des römischen Rechts, der sich zur gleichen Zeit bemerkbar machte, nicht völlig entziehen. Immerhin widersetzte sich das bodenständige fränkisch-germanische Recht, ein gerade zur Vereinheitlichung strebendes örtliches Gewohnheitsrecht mit einigem Erfolg der absoluten Ablösung durch das römische Recht.

So fügte es sich, daß zwar einerseits Systematik und Methodik römischen Rechtsdenkens und, wo es, wie etwa im Schuldrecht, erwünscht war, auch materielle Rechtssätze Eingang in das französische Recht fanden, andererseits die Hauptsubstanz der Rechtsvorschriften aus eigenem Bestand erhalten und in Geltung

1) Koschaker, Europa und das römische Recht, München-Berlin 1947, p. 139.

blieb[2].

Während es sich also in Frankreich um eine, wenn auch nicht umfassende Rezeption römischen Rechtes handelte, muß die Schweiz als "rezeptionsfreies" Land bezeichnet werden. Vor Errichtung des Reichskammergerichts 1495 war die Schweiz aus dem Reichsverband ausgeschieden. Mußte das Reichskammergericht "nach des Reichs und gemeinen Rechten", vorzugsweise nach römischem Recht, verfahren und entscheiden, so war die vom Reiche abgelöste Schweiz im Stande, ihr heimisches, kantonales Recht zu pflegen und zu bewahren. Die fruchtbare Begegnung mit dem römischen Recht erlebte die Schweiz erst sehr viel später, als im 19. Jahrhundert Keller und Bluntschli die Lehren des deutschen Pandektenrechts zur Vereinheitlichung der Kantonalrechte verbreiteten. Was vom römischen Recht methodisch und sachlich brauchbar erschien, fand Aufnahme in der ersten großen schweizerischen Kodifikation, dem Zürcher Gesetzbuch von 1853/55[3].

Die zumindest teilweise gemeinsame Basis der zu vergleichenden Rechtssysteme ist also das römische Recht. Es liegt deshalb nahe, mit der historischen Untersuchung des Kompensationsprinzips im römischen Recht zu beginnen. Damit soll jedoch keinesfalls gesagt werden, daß die Römer die Entdecker dieses Prinzips gewesen sind. Es deutet sehr vieles darauf hin, daß das Verhalten des Geschädigten bei der Entstehung seines Schadens schon in vorrömischen Rechten beachtet und berücksichtigt worden ist[4].

Die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Kompensationsprinzip sowohl in der deutschen, als auch in der schweizerischen und französischen Literatur angeführte naive Quellenstelle D. 50.17.203 lautet:

> "Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire".

Dieser, als Regel des Pomponius bekannte, auf einen Vermächtnisfall bezo-

---

2) Koschaker, a.a.O. p.120 f.

3) Tuor, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1932, p.3.

4) Vgl. z.B. Art.42 ff. der Gesetze von Esnunna (zitiert nach Szlechter, Les lois d'Esnunna, Paris 1944) oder II § 59 (§ 174) der hethitischen Gesetze (zitiert nach Friedrich, Die hethitischen Gesetze, Leiden 1959).

Vgl. auch die spezielle Untersuchung von Haase, Über die Berücksichtigung der Mitwirkung des Verletzten bei der Entstehung eines Schadens in keilschriftlichen Rechtssammlungen, in IURA Bd.12, 1961, p.222 ff.

gene[5] Satz, gilt allgemein als die direkteste Formulierung eines römisch-rechtlichen Grundsatzes, daß der Schadensersatzanspruch dort entfalle, wo eigenes Verschulden des Geschädigten zum Eintritt des Schadens beigetragen habe[6]. Die Existenz eines solchen Grundsatzes beweisen zahlreiche weitere Quellenstellen. In D. 9.1.2.1.[7] wird die Haftung eines Hundeeigentümers ausgeschlossen, weil der Verletzte sich durch die Art seines Eindringens in den Raum, wo sich der Hund befand, dem Angriff des Hundes selbst ausgesetzt hat. Der Eigentümer des Hundes würde dann haften, wenn er den Hund nicht an die Kette gelegt hätte[8]. Aus D. 9.2.52.3[9] folgt, daß der Verkäufer-Eigentümer für sein Tier nur haftet, wenn nicht der Knecht des Käufers sich durch eigenes Verschulden die Verletzungen zuzuschreiben hat[10]. Auch D. 4.3.1.6[11] ist zu erwähnen; nach der Meinung des römischen Juristen darf eine durch Verschulden des Geschädigten verabsäumte Klage nicht im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgeholt werden[12]. Zahlreiche weitere Argumente für das

---

5) Pernice, Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, 2. Bd., 1. Abteilung, 2. Aufl., Halle 1895, p.98; Lange, Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie, Münster 1955, p.71 mit weiteren Nachweisen.

6) Haymann, Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht, in SZ 42, 362.

7) "Si quis aliquem evitans, magistratum forte, in taberna proxima se immisisset ibique a cane feroce laesus esset, non posse agi canis nomine quidam putant: at si solutus fuisset, contra."

8) Haymann, a.a.O. p.362 f.

9) "Quidam boves vendidit ea lege, uti daret experiundos: postea dedit experiundos: emptoris servus in experiundo percussus ab altero bove cornu est: quaerebatur, num venditor emptori damnum praestare deberet. respondi, si emptor boves emptos haberet, non debere praestare: sed si non haberet emptos, tum, si culpa hominis factum esset, ut a bove feriretur, non debere praestari, si vitio bovis, debere."

10) Haymann, a.a.O. p.363.

11) "Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere: et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere, sibi imputaturo eo qui agere supersedit: nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut tempus exiret."

12) Haymann, a.a.O. p.384.

Vorhandensein des Prinzips der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens im römischen Recht liefert das Recht des Kaufes: nach D. 19.1.11.12, D. 21.1. 23.8 und D. 21.2.29.1 kann der Käufer nur dann Eviktionsansprüche geltend machen, wenn er den Eviktionsprozeß ordnungsgemäß geführt hat[13]). Schließlich werden auch die Stellen D. 9.2.11.pr., D. 9.2.28.1, D. 9.2.30.4, D. 9.2.52.pr., D. 19.1.45.1, D. 19.1.21.3, D. 21.2.56.3, D. 21.2.66.pr. und D. 47.2.61.7 in diesen Zusammenhang gestellt[14]).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß das römische Recht einen allgemeinen Rechtsgrundsatz kannte, nach dem das mitwirkende Verschulden des Geschädigten Berücksichtigung zu finden hatte. Bei konkurrierendem Verschulden des Geschädigten mit einem Verschulden des Schädigers entfiel schlechthin jeder Ersatzanspruch. Es galt das "Alles-oder-Nichts-Prinzip". An diesem Rechtszustand änderte sich auch unter dem Einfluß der Glossatoren nichts[15]).

II. DAS GEMEINE DEUTSCHE RECHT

Seit der Mitte des 16. Jahrhunderts kann die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland als vollendet angesehen werden. Die nunmehr immer stärker werdende wissenschaftliche Verarbeitung des in complexu übernommenen römischen Rechtsstoffes führte dazu, daß im 18. Jahrhundert schließlich das Corpus Juris Civilis die alleinige Grundlage des gemeinen Pandektenrechts geworden ist.

An der Rechtseinrichtung der Kulpakompensation, wie sie oben für das römische Recht dargestellt wurde[16]), hat sich nichts Grundsätzliches geändert. Auch bei den Pandektisten galt unverändert der Grundsatz, daß ein Schaden nicht in Anrechnung gebracht werden darf, wenn er durch Anwendung der gehörigen Sorg-

---

13) Lange, a.a.O. p.71.

14) Lange, a.a.O. p.72; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Aufl., Düsseldorf 1873, p.35, Fußn. 17; Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 5. Aufl., Paris 1955, Nr.316.

15) Vgl. dazu Lange, a.a.O. mit zahlreichen Quellennachweisen.

16) S.o. p.4 ff.

falt von Seiten des Beschädigten hätte vermieden werden können[17].

Dernburg[18] beanstandet an dieser, wohl herrschenden Lehre, daß das Erfordernis der "gehörigen Sorgfalt" viel zu weit sei; es solle nach den tatsächlichen Verhältnissen entschieden werden, wo die Hauptursache des Schadens liege[19]. Dernburg gebraucht daher folgende Formulierung: "Wenn der Beschädigte die in seiner Hand liegenden, durch die Umstände offensichtlich gebotenen Vorkehrungen zur Abwendung des Schadens versäumt oder ihn gar absichtlich vergrößert, so war dies die Hauptursache seines bezüglichen Schadens. Er kann daher Dritte deswegen nicht zur Verantwortung ziehen"[20].

Abgesehen von dieser Streitfrage begnügt sich die Pandektenwissenschaft mit der römisch-rechtlichen Lösung: es bleibt beim "Alles-oder-Nichts-Prinzip". Eine quotale Schadensverteilung stand überhaupt nicht zur Diskussion.

III. DEUTSCHES PARTIKULARRECHT

Aus dem Bedürfnis, an die Stelle der bisherigen Rechtszersplitterung eine klar umrissene, festgefügte und gesicherte Privatrechtssammlung zu setzen, kam seit Mitte des 18. Jahrhunderts, insbesondere aber im 19. Jahrhundert, eine große Kodifikationsbewegung in Gang. Es entstand allgemeines partikulares Recht. Dieses Partikularrecht hatte primäre Geltung. Das römische Recht, als subsidiär gemeines Recht, trat hinter das Partikularrecht zurück, fand aber stets

---

17) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd., 7. Aufl., Frankfurt a.M. 1891, p. 37; v. Keller, Pandekten, herausgegeben von Emil Friedberg, Leipzig 1861, p. 499; Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, 2. Bd., 4. Aufl., Würzburg 1867, p. 23, Fußn. 5; Müller, Lehrbuch der Institutionen, Leipzig 1858, p. 260; Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 2. Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, p. 157 ff.; Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse nach Römischem Recht, Leipzig 1865, p. 149.

18) Pandekten, 2. Aufl., Berlin 1889, p. 123, Fußn. 9; vgl. auch die 5. Aufl. des gleichen Werks, Berlin 1896, p. 127, Fußn. 11.

19) Ebd. 5. Aufl., p. 127, Fußn. 11 mit weiteren Nachweisen.

20) Ebd.

Anwendung, wo partikulares Recht entweder gar nicht vorhanden war oder aber nicht entgegenstand.

Während der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756 keine besonderen Vorschriften für die Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens kennt, enthält das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 im 6. Titel des ersten Teils vier Bestimmungen, "in wie fern die Schuld des Beschädigten den Beschädiger vom Ersatz befreie". Es handelt sich um die §§ 18 bis 21. Sie lauten[21]):

"§ 18. Von der Vergütung eines aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügten unmittelbaren Schadens wird der Beleidiger durch die mit eintretende Verschuldung des Beschädigten nicht befreit.

§ 19. Hingegen darf der mittelbare Schade und der entgangene Gewinn nicht ersetzt werden, wenn der Beschädigte bei der Abwendung desselben sich selbst ein grobes Versehen hat zu Schulden kommen lassen.

§ 20. Ein dergleichen eigenes grobes Verschulden des Beschädigten macht denselben aller Schadloshaltung verlustig, wenn der Schade nur aus einem mäßigen oder geringen Versehen des Beschädigers entstanden ist.

§ 21. Der Ersatz des aus mäßigem oder geringem Versehen entstandenen mittelbaren Schadens und entzogenen Gewinns fällt schon alsdann weg, wenn der Beschädigte den Nachteil durch Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit vermeiden konnte."

Nach römischem Recht entfiel jeglicher Ersatzanspruch, wenn das Verhalten des Geschädigten an der Schadensentstehung mitgewirkt hat. Auf den Grad des Verschuldens beim Schädiger und Geschädigten kam es nicht an. Das Allgemeine Landrecht hat demgegenüber eine differenzierte Einteilung der Schuldgrade seiner Regelung zugrunde gelegt. Es unterscheidet folgende Schuldformen: Vorsatz, grobes Versehen, mäßiges Versehen und geringes Versehen. Auch der Schaden ist streng unterteilt in unmittelbaren und mittelbaren Schaden, sowie in entgangenen Gewinn. Umfaßt der Schadensersatzanspruch sämtliche drei Schadensteile, so wird von "vollständiger Genugtuung" gesprochen[22]). Bei der

21) Zitiert nach Rehbein-Reincke, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1. Bd., 5. Aufl., Berlin 1894.

22) Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, 1. Bd., 7. Aufl., Berlin 1896, p.561.

Kulpakompensation schreiben die zitierten Bestimmungen folgende Lösung vor: Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobes Versehen herbeigeführt, und hat auch der Geschädigte grob versehentlich gehandelt, so ermäßigt sich die zu leistende Entschädigung auf die Höhe des unmittelbaren Schadens; hat dagegen der Geschädigte gering versehentlich gehandelt, so erhält er vollständige Genugtuung. Trifft den Geschädigten grobes Versehen, den Schädiger aber nur geringes, so entfällt jeder Ersatzanspruch; trifft den Geschädigten, bei geringem Versehen des Schädigers, mäßiges oder geringes Versehen, so wird ihm nur der unmittelbare Schaden ersetzt[23].

Diese für unerlaubte Handlungen aufgestellten Regeln werden entsprechend auf Vertragsrecht angewandt[24]. Das Allgemeine Landrecht enthält also zum ersten Male eine Schadensteilung. Die Härte der römisch-rechtlichen Lösung ist erheblich gemildert, wenn auch noch keine quotale Schadensverteilung vorgenommen wird.

Gegenüber dieser schon moderner anmutenden Auffassung im Preußischen Allgemeinen Landrecht enthält das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863[25] in seinem § 688 eine weitgehend mit dem Pandektenrecht übereinstimmende Regelung. § 688 lautet:

> "Der Beschädigte kann Ersatz des Schadens, welcher von ihm durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen, aufmerksamen Hausvaters hätte abgewendet werden können, nicht verlangen, ausgenommen wenn die verletzende Handlung auf absichtlicher Verschuldung eines Anderen beruht."

Das partikulare Recht Württembergs enthält keine Regelung des Kompensationsprinzips. Es gilt daher das gemeine Recht: die Verpflichtung zum Schadensersatz fällt weg, wenn der Beschädigte durch eigene Schuld den Schaden veranlaßt hat[26].

---

23) Förster-Eccius, a.a.O. p.562.

24) Rehbein-Reincke, a.a.O. Anm. 5 zu § 18.

25) Siebenhaar, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst der Publikationsverordnung vom 2. Januar 1863, 2. Aufl., Leipzig 1865.

26) Bierer, Handbuch des gesammten, in Württemberg geltenden Privatrechts, 2. Bd., Stuttgart 1863, p.15.

Anhang: Mitverschuldensberücksichtigung im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch

Im Jahre 1812 trat das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch in Österreich in Kraft. Es enthält in § 1304 folgende Regelung:

> "Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismäßig; und, wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen läßt, zu gleichen Teilen"[27].

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch statuiert erstmalig eine quotale Schadensteilung und überläßt es mit dieser flexiblen Lösung dem Richter, die beiderseitigen Verschulden abzuwägen. Diese Neuerung ist dem Hauptschöpfer des Gesetzbuches, Franz von Zeiller[28], zu danken; sie soll darauf zurückzuführen sein, daß Zeiller am römischen Recht stets bemängelt habe, daß "dieser häufig vorkommende Fall mit Stillschweigen übergangen worden sei"[29]. In seinem eigenen Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch schreibt Zeiller: "Wie es gerecht ist, daß jener, der nur den Schaden sich selbst beymessen muß, oder daß jener, welcher allein den anderen beschädigt hat, den ganzen Schaden übernehme (1295), so ist es auch gerecht und billig, daß wenn sowohl der Beschädigte, als ein Dritter an der Beschädigung Schuld tragen, der Schade unter beyde vertheilet werde"[30].

Neben dieser grundsätzlichen Regelung bestehen im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Sondervorschriften, die, bei entsprechendem Verhalten des Geschädigten, einen Schadensersatzanspruch ganz ausschließen[31].

---

27) Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, herausgegeben von Hans Kapfer, 6. Aufl., Wien 1956.

28) Der in der Literatur immer wieder angegebene Vorname Aloys (vgl. etwa Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. II/1, Tübingen 1951, p.40) ist wohl unrichtig; vgl. dazu Swoboda, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants, Graz 1926, p.37.

29) Swoboda, a.a.O. p.180.

30) v.Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, 3. Bd., Wien-Triest 1812, p.726.

31) Z.B. § 1308; vgl. dazu Mayr, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Reichenberg 1922, p.270, Fußn. 42 und p.272.

2. KAPITEL

Der rechtsethische Wert einer generellen Ausgestaltung des Prinzips der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens

Rechtssätze haben Ordnungsfunktion. Sie koordinieren das menschliche Zusammenleben, indem sie den Einzelnen anweisen, an ihn Forderungen richten, ihn zu einem Verhalten bestimmen. Dieser Bestimmung geht eine Wertung voraus. Die Wertentscheidung obliegt demjenigen, der die Bestimmung erreichen will, also dem Gesetzgeber. Er legt seinen Forderungen, abgesehen von den Fällen despotischer Willkürmaßnahmen, positive Wertungen zugrunde.

Ein großes Gesetzeswerk enthält viele Normen, die isoliert betrachtet, nicht mehr erkennen lassen, daß ihnen eine Wertung vorausgegangen ist. Es sind "Anweisungen von letzter Bestimmtheit"[32], die jeglicher Ausdeutung unzugänglich sind, etwa Form- und Fristvorschriften. Bei ihnen hat der Gesetzgeber zumeist nach reinen Zweckmäßigkeitserwägungen gewertet.

Eine Stufe höher schon stehen die "Ordnungsvorschläge für bestimmte engere Verhältnisse"[33], deren Bewertung nach allgemeingültigen Maßstäben der Rechtssicherheit oder Gerechtigkeit erfolgt ist.

Die Spitze des so geschichteten Normenbaues bilden allgemeine Ordnungsprinzipien, "Richtlinien", wie sie v. Hippel nennt[34]. Ihnen liegen Grundsatzentscheidungen, Werturteile umfassender Tragweite, zugrunde.

Ohne diese Normen mit Richtliniencharakter kommen Kodifikationen nicht aus. Als sogenannte Generalklauseln geben sie einen "konkretisierungsbedürftigen Maßstab"[35] für eine Vielzahl von prinzipiell gleichartigen, spezialtatbestandsmäßig jedoch nicht oder nicht vollkommen erfaßbaren Sachverhalten[36] ab. Allerdings dürfen sich weder Gesetzgeber noch Richter zur "Flucht in die General-

---

32) v. Hippel, Richtlinien und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen - Ein Kapitel moderner Gesetzgebungskunst, Marburg 1942, p. 6.

33) v. Hippel, a.a.O. p. 6.

34) Ebd. p. 5.

35) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München-Berlin 1958, p. 88.

36) Larenz, a.a.O. p. 88.

klausel"[37] verleiten lassen. Die Scheu vor der Anerkennung und Anwendung einer generellen Norm muß aber dann weichen, wenn sich der Einzelfall nach Prüfung sämtlicher in Betracht kommender Spezialregelungen nur mit Hilfe einer allgemeinen, auf diesen Fall zu konkretisierenden Rechtsvorschrift lösen läßt.

Den perfektionierten deutschen Gesetzen kann der Vorwurf nicht gemacht werden, sie räumten der ausfüllungsbedürftigen Generalklausel Bereiche ein, die individualgesetzlich geregelt werden müßten[38]. Im Gegenteil: es sind im Bürgerlichen Gesetzbuch Fälle spezialgesetzlich ausgestaltet, die eine generelle Normierung weit besser vertrügen[39].

Auch andere Rechtsordnungen zeugen von dem Bemühen, die Zahl der Generalklauseln nicht ins Unübersehbare ansteigen zu lassen. Je größer der Anwendungsbereich der generellen Normen, desto höhere Anforderungen werden an die zugrundeliegenden allgemeinen Rechtsgedanken gestellt werden, desto allgemeingültiger und rechtsethisch wertvoller wird das die Klausel tragende Prinzip sein. Ob das Kompensationsprinzip, an solchen Maßstäben gemessen, als Generalklausel eine allgemeine Richtlinie darstellt, ist vorab zu untersuchen.

I. DIE BEWERTUNG DES KOMPENSATIONSPRINZIPS DURCH DIE RECHTSORDNUNGEN

Jede Beschädigung von Rechtsgütern beeinträchtigt denjenigen, dem sie zugeordnet sind. Das Recht befaßt sich mit dem Schaden nur, soweit er auf einem soge-

---

37) Hedemann, Die Flucht in die Generalklausel - eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933.

38) Hedemann erhob in der in Fußn. 37 genannten Schrift diesen Vorwurf vor allem gegen die Rechtsprechung; heute hebt er den Wert der Treu-und-Glaubens-Norm wieder mit großem Nachdruck hervor, vgl. Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., Berlin 1949, p.41.
Die "wilde Hochkonjunktur des § 242", wie sie Hedemann in: Flucht, p.12 ff. schildert, hat erheblich nachgelassen.

39) So wäre es beispielsweise zweckmäßiger gewesen, die im BGB spezialgesetzlich - aber nicht erschöpfend - geregelten Leistungsstörungen wie im römischen Recht mit der generellen Norm zu erfassen: "Der Schuldner einer Forderung haftet solange, bis er sich exkulpieren kann".
Vgl. dazu Art. 97 Abs. I OR.

nannten Verletzungstatbestand beruht; wo eine normierte Rechtsgutverletzung fehlt, braucht sich die Rechtsordnung um Schaden und Schadensersatz nicht zu kümmern. Sie muß es dagegen tun, wo sie einem Schadensereignis Bedeutung beigemessen und einen Verletzungstatbestand geschaffen hat. Welches tatsächliche Verletzungsgeschehen sie zum Verletzungstatbestand erhebt, unterliegt ihrer Wertentscheidung.

Tritt ein Schaden auf Grund eines Verletzungstatbestandes ein, so kann ihn eine Rechtsordnung niemals ungeschehen machen. Nur die Schadensfolgen kann sie ausgleichen, beseitigen, abwenden oder vermindern. Welche dieser Möglichkeiten gewählt werden soll, ist eine weitere Wertentscheidung, die die Rechtsordnung treffen muß. Daß es sich um eine echte Wahl handelt, zeigt die Gegenüberstellung vom BGB, das dem Herstellungsgedanken den Vorzug gibt, mit dem gemeinen deutschen Recht, das nur Wertvergütung kannte.

Nach dem Reparationssystem wird der Schaden auf den Schädiger überwälzt. Wie nun, wenn der Geschädigte an der Entstehung des Schadens beteiligt war[40]? Ist die Rechtsordnung kraft ihrer bisherigen Wertentscheidungen bereits in der Weise festgelegt, daß sie die Mitwirkung des Beschädigten schon auf Grund des normierten Schadensersatzsystems berücksichtigen muß? Handelt es sich also um eine vom Tatsächlichen her gebotene oder um eine wertende Entscheidung?

Es wird folgendes zu bedenken sein: in den hochzivilisierten Rechtsordnungen ist normalerweise ein Verletzungstatbestand erfüllt und als Folge die Schadensersatzpflicht ausgelöst, wenn der Schädiger tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat und seine Handlung für das Schadensereignis kausal war. Würde durch die mitwirkende Handlung (oder Unterlassung) des Geschädigten eine dieser Voraussetzungen entfallen, so müßte das zur Verneinung der Schadensersatzpflicht des Schädigers führen, mithin eine zwangsläufige Berücksichtigung der Mitwirkung des Geschädigten bedeuten. In der Tat wurde zuweilen das Kompensationsprinzip als Kausalitätsproblem gesehen: das englische Recht behandelte teilweise das Hinzutreten der Mitwirkungshandlung des Geschädigten als Abbruch der vom Schädiger ausgelösten Kausalkette[41]. Wer sich dazu bekennt - ob zu Recht oder nicht, mag hier dahingestellt bleiben - muß konsequenterweise ohne weiteres die Mitwirkung des Geschädigten am Schadens-

---

40) Die nähere Beschaffenheit der Beteiligungshandlung mag hier offen bleiben.

41) So z.B. bei der Einführung der "last-opportunity-rule"; vgl. dazu Esser, Rezension von Williams, Joint Torts and Contributory Negligence, in RabelsZ 1953, 754.

ereignis berücksichtigen. Wo hingegen die Voraussetzungen des Verletzungstatbestandes trotz des Mitwirkens des Geschädigten als unverändert forbestehend angesehen werden, die Schadensersatzvoraussetzungen als gegeben gelten, besteht ein Gebot zur Berücksichtigung des eigenen Verhaltens des Geschädigten nicht zwangsläufig; dann unterliegt die Einführung des Kompensationsprinzips einer zusätzlichen, wertenden Entscheidung der Rechtsordnung. Der Satz, daß die Rechtsordnung die Abwälzung des erlittenen Schadens auf den Täter nicht schlechthin zulassen könne, wenn der Beschädigte bei der Schadensentstehung mitgewirkt habe[42], ist danach in dieser Form nicht genau genug, denn es kommt darauf an, wie die Rechtsordnung wertet, welchen Effekt sie mit einer entsprechenden Norm anstreben will und welchen Wert sie diesem Zweck beimißt.

Die Prüfung und positive Bewertung der Zwecke, welche die Einführung des Kompensationsprinzips bedingen, geschieht nach Grundsätzen, die außerhalb des Rechts liegen. Daß dabei verschiedene Ergebnisse möglich sind, ist denkbar. Wer mit dem Kompensationsprinzip eine Bestrafung des mitwirkend Geschädigten erreichen will[43], bewertet anders, als derjenige, der mit Hilfe der Kompensation den Geschädigten zur Sorgfalt erziehen zu können hofft[44].

Das deutsche, schweizerische und französische Recht erstreben mit ihren Lösungen die völlige Gleichbehandlung der Beteiligten entsprechend den von ihnen zu vertretenden Umständen[45]. Erwägungen über Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit sind sekundär. Ausgleichende Gerechtigkeit, absolute Gleichheit von Schaden und Ersatz, war primärer Wertungsmaßstab. Damit haben diese Rechtsordnungen dem Kompensationsprinzip einen grundsätzlichen Wert beigemessen. Sie erstreben mit ihren Lösungen Gerechtigkeit für den Einzelmenschen auch im differenziertesten konkreten Falle. Die entsprechenden Normen als Billig-

---

42) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958, p.76.

43) So die ältere "penal theory" über die contributory negligence im englischen Recht. Vgl. dazu: Heuston, Salmond on the Law of Torts, 12. Aufl., London 1957, p.437; Pollock, Law of Torts, herausgegeben von P.A. Landon, 15. Aufl., London 1951, p.353.

44) S.u. p.15.

45) Vgl. für das deutsche Recht: Esser, Schuldrecht, p.277.

keitsnormen[46] oder Billigkeitsventile[47] zu bezeichnen und dadurch ihren Richtliniencharakter deutlich zu machen, geht deshalb an.

II. DER ERZIEHERISCHE WERT DES KOMPENSATIONSPRINZIPS FÜR DEN GESCHÄDIGTEN

Neben der fundamentalen Bedeutung des Kompensationsprinzips als Teil der "ausgleichenden Gerechtigkeit" tritt die Erziehungsfunktion dieses allgemeinen Rechtsgedankens vor allem in der Praxis in Erscheinung. Die erzieherische Wirkung liegt darin, daß der Geschädigte - sowohl im Augenblick der Schadenszufügung als auch nachher - sein Verhalten überwachen muß, um nicht seine Rechte ganz oder teilweise zu verlieren. Zwar wurde dieser Gedanke in der deutschen Literatur für das Verkehrsrecht besonders betont[48], doch hat die Berücksichtigung des Mitverschuldens als Erziehungsfaktor einen allgemeingültigen rechtsethischen Wert. Extrem stark wird dies teilweise im englischen Recht hervorgehoben: "It is true, that the rule is not merely a logical deduction, but is founded in public utility. The ultimate justification of the rule is in reasons of policy, the desire to prevent accidents by inducing each member of the community to act up to the standard of due care set by the law"[49]. Wenn jemand Gefahr läuft, daß er zumindest eines Teils seines Schadensausgleiches verlustig geht, wenn er sich nicht sorgfältig verhält, dann ist zu erwarten, daß er vorsichtiger sein wird[50].

---

46) Biermann, Kommentar zum Reichshaftpflichtgesetz, 2. Aufl., Münster 1956, p. 114; Lass-Maier, Haftpflichtrecht und Reichsversicherungsgesetzgebung, 2. Aufl., München 1902, p. 66.

47) Heinrich Lange, Mitwirkendes Verschulden des gesetzlichen Vertreters und Gehilfen außerhalb eines Verpflichtungsverhältnisses (§ 254 BGB), NJW 1953, 967 (968).

48) Carl, Übersicht über die Rechtsprechung zum Straßenverkehrsrecht und zu den einschlägigen Nebengesetzen für die Zeit vom 31. Juli 1934 bis 1. Mai 1935, JW 1935, 1449 (1450).

49) Pollock, a.a.O. p. 354.

50) Szpunar, Concurrent Fault in the Comparative Law, in "Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound", Indianapolis-New York 1962, p. 510.

III. DAS ERMESSEN BEI DER BERÜCKSICHTIGUNG MITWIRKENDEN VERSCHULDENS

Ebensowenig wie bei anderen Generalklauseln darf dem Kompensationsprinzip die objektive Grundlage dadurch entzogen werden, daß man die Stellung des Richters so sieht, als wäre sie ausschließlich von freiem Ermessen und Billigkeitsgefühl getragen[51]. Es ist davon auszugehen, daß es sich beim Mitverschulden um einen Rechtsbegriff und nicht um einen Ermessensbegriff handelt. Er stellt sich zunächst als generelle Norm für den Einzelfall unbestimmt dar, ist aber, wie der Wille des Gesetzgebers erkennen läßt, nach Maßgabe des konkreten Falles mit einem bestimmten Inhalt zu füllen[52]. Soweit die Verteilung von Schadensersatzquoten in Betracht kommt, kann der Richter nur eine einzige richtige Entscheidung treffen[53]. Dennoch kann er Umstände mitberücksichtigen, die spezieller sind, als sie jede noch so perfektionierte Einzelnormierung hätte erfassen können[54], eben deshalb, weil hier ein Gerechtigkeitsprinzip als allgemeiner Satz in letzter, einfachster Form ausgesprochen ist[55]. Die Notwendigkeit, "besondere Umstände"[56] bei der Urteilsfindung zu würdigen, zeigt sich vor allem in den Grenzfällen; ob diese Umstände vorliegen und in welchem Umfang, ist innerhalb eines gewissen Spiel-

---

51) Ähnlich zur Generalklausel des § 242 BGB formuliert Larenz, Schuldrecht 1958, p.89.

52) Vgl. den Leitsatz des LVG Rheinland-Pflaz, MDR 1954, 188.

53) Dies ist im Zivilrecht von Bedeutung für die Frage der Revisibilität, denn in der Regel kann ein unrichtiger Ermessensgebrauch nicht mit der Revision gerügt werden, Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozeßrecht, 8. Aufl., Karlsruhe 1956, p.407. Die Frage der Schadensverteilung ist deshalb im Rahmen von § 254 BGB der Revisionsinstanz entzogen.
Vgl. BGH VersR 1958, 770, NJW 1957, 182.
Zum weiteren Problem, wann wegen grober Ermessensfehler die Revision zulässig ist, vgl. im einzelnen Venzmer, Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, München-Berlin 1960, p.233 f. (RNr. 7f.)

54) So auch Venzmer, a.a.O. p.140 f. (RNr. 224), der von "Auswertung subtilster Kenntnisse der Lebenszusammenhänge" spricht.

55) Zur Formulierung vgl. v.Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in "Festschrift für Ernst Rabel", 1. Bd., Tübingen 1954, p.339.

56) Larenz, Schuldrecht 1958, p.89.

raums[57]) der richterlichen Rechtsfindung überlassen. Bejaht der Richter Vorhandensein und Intensität der besonderen Umstände, so ist für das Ermessen kein Raum mehr[58]).

Die eingangs gestellte Frage kann also nur so beantwortet werden, daß die Bezeichnung des Prinzips der Berücksichtigung eines mitwirkenden Verschuldens als Generalklausel nicht nur eine zweckmäßige Maßnahme ist, sondern in Anbetracht der zugrundeliegenden Werte der Richtliniencharakter von der Rechtsordnung gefordert wurde.

Im folgenden soll ausführlicher dargestellt werden, welche Wege Gesetz und Rechtsprechung in Deutschland, in der Schweiz und in Frankreich bei der Ausgestaltung des Kompensationsprinzips eingeschlagen haben.

---

57) Venzmer, a.a.O. p. 140 f. (RNr. 224).

58) Man könnte hier an eine Parallele zum verwaltungsrechtlichen Begriff des Beurteilungsspielraums" denken. Vgl. dazu Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97.
Diese Parallele zieht auch Venzmer, a.a.O. p. 141 (RNr. 224) und billigt dem Richter unter Hinweis auf BVerwGE 6, 177 = NJW 1958, 1105 einen Beurteilungsspielraum zu.

3. KAPITEL

Allgemeines zur Ausgestaltung des Prinzips der Berücksichtigung des Mitverschuldens im deutschen Recht

1. Abschnitt

Die konkrete Ausgestaltung des Kompensationsprinzips im Bürgerlichen Gesetzbuch

Die Hauptquelle für die Berücksichtigung des Mitverschuldens im deutschen Recht findet sich in § 254 BGB:

> "Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.
>
> Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennten mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung."

Die Auslegungsschwierigkeiten dieser Bestimmung sind sehr groß. Besonders unglücklich - das soll vorweggenommen werden - ist die Fassung des zweiten Absatzes in der ersten Hälfte des ersten Satzes. Denn nicht jedes Unterlassen einer Warnung stellt ein Verschulden dar und dennoch muß nach dem Wortlaut gelten, daß dann, wenn der Gläubiger selbst den ungewöhnlich hohen Schaden nicht voraussehen konnte und deshalb den Schuldner nicht darauf aufmerksam machte, der Gläubiger und nicht der Schuldner damit belastet wird [59]). Besser

---

59) A.A., aber ohne Auseinandersetzung mit dem Wortlaut des Gesetzes: Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, Berlin-Frankfurt 1953, p. 190.

als das BGB argumentiert in diesem Punkt die englische Lehre von der contributory negligence.

I. DER CHARAKTER DER VORSCHRIFT DES § 254 BGB

§ 254 BGB begründet keine Schadensersatzpflicht; er ist deshalb keine Anspruchsgrundlage [60]. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 254 BGB ist stets das Vorhandensein eines bereits bestehenden Anspruchs [61]. Von wenigen, noch zu erwähnenden Ausnahmen abgesehen, die dann nur eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB erlauben, muß jener Anspruch auf Schadensersatz gerichtet sein [62].

In den Fällen, in denen die Geltendmachung mitwirkenden Verschuldens zu einem restlosen Wegfall des primären Ersatzanspruches führt, ließe sich denken, daß § 254 BGB den ursächlichen Zusammenhang zwischen der primär schädigenden Handlung und dem eingetretenen Schaden beseitigt [63]. In Wirklichkeit trifft das jedoch nicht zu [64]. Allerdings darf man das nicht, wie es geschehen ist [65], mit der begrifflichen Ableitung aus dem Wort "Mitverschulden" begründen. Daß diese Bezeichnung viel zu eng ist, wurde bereits angedeutet [66].

Indessen gebietet es die Stellung des § 254 BGB im Gesetz und auch sein Wortlaut, daß zunächst vom reinen Verschuldensprinzip ausgegangen werden muß [67]. Erforderlich für die Anwendung des § 254 BGB ist das Vorliegen zweier Hand-

---

60) Vgl. RGZ 57, 87 (89).

61) Soergel-Hahne, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 7. Aufl., Stuttgart-Leipzig-Berlin 1939, Anm. I 1 zu § 254.
Ferner: RGZ 57, 87 (89). Vgl. aber Venzmer, a.a.O. p. 67 (RNr. 8 f.).

62) RGZ 51, 275 (277).

63) S.o. p. 13 f.

64) RGZ 168, 86 (88); Esser, Schuldrecht, p. 277.

65) Wussow, Das Unfallhaftpflichtrecht, 6. Aufl., Berlin-Köln 1957, p. 55 (RNr. 79).

66) S.o. p. 1 (Einleitung).

67) Die Bedeutung des Kompensationsprinzips in seiner Erscheinungsform des zu berücksichtigenden zurechenbaren Mitverursachens innerhalb von Kausalhaftungstatbeständen mag - trotz seiner großen Bedeutung - vorerst für die Charakterisierung des § 254 BGB unerörtert bleiben.

lungen, der des Schädigers und der des Geschädigten. Innerhalb des Verschuldensprinzips müßten streng genommen beide Handlungen rechtswidrig und schuldhaft sein. Während diese Voraussetzungen bei der primär schädigenden Handlung normalerweise erfüllt sind [68], hat die eigene Mitwirkungshandlung des Geschädigten in ihrer rechtlichen Qualifizierung seit eh und je große Schwierigkeiten bereitet.

Schon früh wurde nachgewiesen, daß die Handlung des Geschädigten im Rahmen des § 254 BGB nicht rechtswidrig sein kann [69]. Das "Verschulden gegen sich selbst" [70] wurde aus einer "ethischen Pflicht" [71] gegenüber der eigenen Person abgeleitet. Diese Meinung wird mit dem Argument bekämpft, die Rechtsordnung mit ihrer wichtigen Forderung nach Rechtssicherheit könne es nicht dulden, daß rechtlich unfaßbare Begriffe, wie zum Beispiel "Ethik", in die Rechtsdogmatik einbezogen würden [72]. Demgegenüber wird jedoch übersehen, daß sich der Begriff des "Rechts" nicht schlechthin mit realen Faktoren [73] erschöpfen läßt, sondern daß sich die Gesamtrechtsordnung aus einer Fülle transzendenter Größen zusammensetzt, die teilweise sogar unmittelbaren Einfluß auf kodifiziertes Recht genommen haben [74].

Eine andere Meinung [75] will in der Erfüllung der dem § 254 BGB zugrundeliegenden Forderung die Bedingung für die Geltendmachung des entstandenen Anspruchs sehen. Mit Recht wird dagegen gesagt, diese Erklärung würde zur Charakterisierung des § 254 BGB nicht ausreichen [76].

Mehr Anhänger hatte die Idee von der Rechtspflicht zur Unterlassung der Selbst-

---

68) Denn nur so verpflichtet sie zum Schadensersatz: § 276 BGB.
69) Zitelmann, Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, Allgemeiner Teil, Leipzig 1900, p. 166 ff., insbesondere p. 167.
70) Zitelmann, a.a.O. p. 166 ff.
71) Ebd.
72) Schmidt, a.a.O. p. 107 mit zahlreichen Verweisungen.
73) Vgl. zu diesem Begriff: Fechner, Rechtsphilosophie - Soziologie und Metaphysik des Rechts, Tübingen 1956.
74) Man denke nur an die Begriffe der "guten Sitten" oder "Treu und Glauben", die sich nur unter Zuhilfenahme "außerrechtlicher Wertmaßstäbe" (so Schmidt, a.a.O. p. 107) bestimmen lassen.
75) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, München-Leipzig 1929, p. 184 f.
76) Schmidt, a.a.O. p. 108.

schädigung gefunden [77]. Auch die Rechtsprechung ist zum Teil dieser Konstruktion gefolgt [78]. Formulierungen wie "Rechtspflicht .... der Volksgemeinschaft gegenüber" [79] oder "gesundes Volksempfinden" [80] zeigen, daß in dieser Theorie ein inzwischen überwundener Zeitgeist zum Ausdruck kam; heute wird diese Meinung von ihrem Begründer ausdrücklich aufgegeben [81] und der Begriff des "Verschuldens" in der übertragenen Bedeutung des "persönlich zurechenbaren Verhaltens" des Geschädigten erklärt [82].

Mit der "Obliegenheit" wurde schließlich eine völlig neue Rechtskategorie geschaffen. Die These, der Geschädigte habe im Rahmen des § 254 BGB zwar keine Rechtspflicht, es obliege ihm aber, seine Person im Hinblick auf ein eigenes widersprüchliches Verhalten unter Kontrolle zu stellen [83], hat einiges für sich. Es sieht jedoch so aus, als ob auch diesem neuen Versuch kein durchschlagender Erfolg beschieden sein würde [84].

Der Zusammenhang zwischen § 254 BGB und der Treu-und-Glauben-Klausel wird unten [85] noch näher zu erörtern sein.

Im praktischen Fall stellt § 254 BGB für die Parteien eine Schadensteilungsnorm dar, die das Schlußglied folgender Gedankenkette bildet:

- jeder hat seinen Schaden selbst zu tragen -

- hat ein anderer den Schaden bewirkt und liegen die gesetzlich bestimmten Voraussetzungen in seiner Person vor, so wird die Schadenstragungspflicht auf ihn abgewälzt -

---

77) Larenz, Vertrag und Unrecht, Bd. II, Hamburg 1937, p.100; Palandt-Friesecke, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., München 1941, Anm.2 zu § 254; RGZ 154, 236 (240).

78) Vgl. RGZ 154, 236 (240), wo keine besondere Rechtspflicht vorausgesetzt wird, sondern eine allgemeine Pflicht, die sich aus dem "gesunden Volksempfinden" herleitet, genügen soll.

79) Larenz, Vertrag und Unrecht, p.100.

80) Vgl. Fußn. 78).

81) Larenz, Schuldrecht 1958, p.140, Fußn. 1.

82) Larenz, Schuldrecht 1958, p.140.

83) Schmidt, a.a.O. p.109 ff.

84) Esser, Schuldrecht, p.278.

85) S.u. p.22 ff.

- hat auch der Geschädigte eine den gleichen Schaden betreffende Ursachenreihe in Bewegung gesetzt, so erfolgt die Überwälzung der Schadenstragungspflicht nur teilweise, quotenmäßig festgelegt durch die einzelnen "Umstände" [86].

Der sich aus § 254 BGB ergebende Teilungsvorgang bleibt in seinem mathematischen Prinzip stets erhalten; er ist die Grundlage des Denkvorgangs des Richters vor seiner Entscheidung. Der funktionelle Charakter des § 254 BGB als "Teilungsnorm" ändert sich also auch dann nicht, wenn der Geschädigte, den besonderen Umständen entsprechend, den gesamten Schaden selbst zu tragen hat. Eine "Schadensausschlußnorm" bildet § 254 BGB deshalb nicht; wird nach besonderer gesetzlicher Bestimmung der Schädiger kraft mitwirkenden Verschuldens von vornherein in vollem Umfang von seiner Haftung freigestellt, so handelt es sich stets um spezielle Gestaltungen des Kompensationsprinzips.

II. DIE STELLUNG DES § 254 IM NORMENGEFÜGE DES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHES

Der Gesetzgeber hat § 254 BGB in den allgemeinen Teil des Schuldrechts und hier wieder unter diejenige Normengruppe eingeordnet, die Art und Weise der Schadensersatzleistung regelt. Die Zuordnung zu einem fest umrissenen Rechtsbereich läßt Zweifel aufkommen, ob dem § 254 BGB im Vergleich zu den übrigen Normen dieses Bereiches eine hervorragende Bedeutung zuerkannt werden kann. Es wäre ungerechtfertigt, § 254 BGB als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsprinzips auf Grund der gesetzestechnischen Einreihung zu verneinen. Denn maßgebend ist die von der Rechtsordnung getroffene Wertentscheidung [87]. Formale Bedenken können dem hier weit übergeordneten materiellen Interesse nicht im Wege sein.

III. "TREU UND GLAUBEN" UND § 254 BGB

Auf die Einordnung der Normen nach ihrer allgemeingültigen oder kasuistischen Aussage wurde bereits hingewiesen [88]. Normen höheren Ranges beherrschen

---

86) Esser, Schuldrecht, p. 276 f.

87) S.o. p. 12 ff.

88) S.o. p. 11 f.

und beeinflussen solche niedrigerer Bedeutung. Manche der hervorragenden Bestimmungen [89] haben ihren Herrschaftsbereich stetig erweitert und sind schließlich sogar aus ihrem ursprünglichen, zivilrechtlichen Wirkungskreis hinausgetreten. Sie sind nicht an ihrer besonderen Stellung im Gesetz zu erkennen, sondern einzig und allein an der Bedeutung des ihnen zugrundeliegenden allgemeinen Rechtssatzes. Die wichtigste Bestimmung dieser Art ist § 242 BGB. Die Vielfalt seiner Anwendungsmöglichkeiten als Generalklausel führte in bestimmten Fallgruppen zu "Verdichtungen", von denen man fast sagen möchte, sie stellten als Konkretisierungen jener generellsten Norm andere, spezialisiertere Generalklauseln dar. Zu diesen Untergruppen gehören beispielsweise die Fälle des Satzes "dolo petit, qui petit, quod statim redditurus sit", die anerkannten Fälle der "clausula rebus sic stantibus", die Fälle der "Verwirkung" und schließlich die Fälle des "venire contra factum proprium". Gerade die letzte Kategorie macht deutlich, wie stark sich der Grundsatz von Treu und Glauben auch an den Gläubiger wendet und zwar mit dem Gebot, "das ihm zustehende Recht nur so auszuüben, daß das begründete Vertrauen des anderen Teils und die menschliche Rücksicht gewahrt bleiben, die dieser nach der Art der bestehenden Sonderverbindung beanspruchen kann" [90]. Damit ist die Beziehung zwischen § 242 BGB und § 254 BGB hergestellt [91]. Der Gedanke, § 254 BGB habe seine Wurzel im Prinzip von Treu und Glauben, ist nicht neu [92]. Eine gründliche Diskussion hat sich auch mit dem spezielleren Zusammenhang des § 254 BGB mit dem "venire contra factum proprium" befaßt [93]; ein allgemein befriedigendes Ergebnis wurde jedoch nicht gefunden [94]. Richtig ist folgendes: die Fälle, die § 254 BGB regeln soll, enthalten Tatbestände des Verbots gegensätzlichen eigenen

---

89) Hedemann, Flucht, p.6, hat den Begriff der "königlichen Paragraphen" wieder aufgegriffen.

90) Larenz, Schuldrecht 1958, p.92 (Hervorhebungen vom Verfasser).

91) Früher wurde diese Beziehung gesucht im allgemeinen Arglisteinwand; so Adriani, Der Schuldbegriff in § 254 BGB, Leipzig 1939, p.22 ff.

Vgl. dazu die ausführlichere Darstellung von Venzmer, a.a.O. p.72 ff. (RNr. 24 ff.).

92) Vgl. RGRK, 10. Aufl., 1. Bd., 2. Teil, Berlin 1953, Anm.1a zu § 254; K.Schneider, Der Gedanke von Treu und Glauben in § 254 Abs.II des BGB, ArchBürgR 37, 162 ff.; RGZ 154, 240; RG JW 1909, 414; der BGH spricht ausdrücklich von § 254 als einem "Unterfall" des § 242 BGB, vgl. BGH NJW 1954, 1724 (1725).
A.A. vor allem Venzmer, a.a.O. p.70 f. (RNr. 20 ff.).

93) Schmidt, a.a.O. p.109 ff.

94) Esser, Schuldrecht, p.278.

Verhaltens[95]; der Grundsatz des "venire contra factum proprium" kann aber nicht unmittelbar in seiner allgemeinen Form übernommen werden, sondern braucht die durch § 254 BGB modifizierte Gestaltung[96]. Bevor die neuere Theorie der "Obliegenheit" zur Charakterisierung des § 254 BGB herangezogen wird, müssen die in Wirklichkeit keineswegs außerhalb des Rechts stehenden transzendenten Wertmaßstäbe der Ethik, der Moral und der Rücksichtnahme als letzte Rechtfertigung des prinzipiellen Wesens von § 254 BGB anerkannt werden[97]. Darüber hinaus ist mit Hilfe dieser Maßstäbe die dogmatische Charakterisierung des § 254 BGB über den Transformator des § 242 BGB zu billigen[98]. Diese Auffassung wird neuerdings vom Bundesgerichtshof bestätigt[99]; in der Entscheidung wird ausgeführt: "Es ist der Grundsatz des gegen Treu und Glauben verstoßenden venire contra factum proprium, der es nicht zuläßt, daß der Geschädigte den beklagten Schädiger zur Rechenschaft zieht, ohne dabei zu berücksichtigen, daß er selbst die gefährliche Lage bewußt geschaffen oder mitgeschaffen hat, in der sich der vom Beklagten zu vertretende Beitrag zur Schadensentstehung auswirken konnte. Diese Erkenntnis zeigt aber, daß der rechtliche Standort des Problems in der vom Gesetz in § 254 BGB getroffenen Wertung zu suchen ist. Diese Regelung, die dem vom Geschädigten zu vertretenden eigenen Verhalten bei der Schadensentstehung, besonders seiner leichtfertigen Selbstgefährdung, Bedeutung für die Haftung des Schädigers beimißt und sogar den Wegfall der Schadensersatzforderung als möglich vorsieht, beruht wesentlich auf dem im § 242 BGB verankerten Grundsatz über die Folgen widersprüchlichen Verhaltens. Für das Schadensersatzrecht wird dieser Grundsatz durch § 254 BGB näher ausgeprägt"[100].

---

95) Schmidt, a.a.O. p.111.

96) Schmidt, a.a.O. p.118.

97) Schon Hedemann, Flucht, spricht auf p.11 und p.59 von der Ethik innerhalb der Generalklauseln und sagt auf p.71 sogar, es überwiege der ethische Gehalt.

98) Vgl. Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem BGB, Berlin 1903, p.83; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15. Bearbeitung, p.76 ff.; RGZ 100, 42 (44); RGZ 156, 193 (207).
A.A. Schmidt, a.a.O. p.109, jedoch nunmehr der hier vertretenen Meinung angenähert in Soergel-Siebert, BGB, 1. Bd., 9. Aufl., Stuttgart 1959, Anm.19 zu § 254.

99) BGH NJW 1961, 655.

100) BGH NJW 1961, 655 (657) mit weiteren Hinweisen auf Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15. Bearbeitung, p.76 ff., Schmidt in Sorgel-Siebert,

Aus diesem Zusammenhang des § 254 BGB mit dem auf § 242 BGB beruhenden Verbot des venire contra factum proprium ergibt sich für den Begriff des Verschuldens in § 254 BGB:

> Das persönliche Verhalten des Geschädigten wird diesem als "Mitverschulden" zugerechnet, wenn er nach Treu und Glauben, das heißt, ohne sich bei der Schadensgeltendmachung dem Vorwurf eigenen gegensätzlichen Verhaltens auszusetzen, hätte anders handeln müssen.

2. Abschnitt

Die Grenzen der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens

I. DIE GRENZEN DES § 254 BGB [101]

Jede Generalklausel hat ihre Grenzen. In aller Regel werden sie bestimmt durch die von der Rechtsordnung getroffene Wertentscheidung. § 254 BGB stellt eine Richtlinie, einen allgemeinen Rechtssatz dar, der eine entsprechende Anwendung der Norm auf rechtsähnliche Verhältnisse verträgt [102]. Deshalb sind die Grenzen der Vorschrift von vornherein weit gesteckt. Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst hat dazu beigetragen, die Anwendbarkeit des dem § 254 zugrundeliegenden Prinzips auf besondere Weise anzuerkennen, vor allem durch jene Bestimmungen, in denen unmittelbar oder mittelbar auf den § 254 BGB verwiesen wird, aber auch durch solche Normen, die, ohne sich selbst auf § 254 BGB zu beziehen, eine Rechtsfolgenregelung treffen, welche das Kompensationsprinzip erkennen läßt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bezieht sich in § 846 BGB direkt auf den § 254 BGB und dehnt dessen Anwendungsbereich gleichzeitig auf Dritte, nur mittelbar Geschädigte, aus, soweit diesen ausnahmsweise ein eigener Ersatzanspruch ihres

---

a.a.O. Anm. 19 zu § 254.
Damit werden aber auch gleichzeitig die Bedenken Venzmers, a.a.O. p. 70 f. (RNr. 20 ff.) widerlegt.

101) Zum Problem der "Tragweite einer Generalklausel" vgl. Hedemann, Flucht, p. 55 f.

102) So schon RG JW 1912, 71 (hier: Ausgleichungsanspruch zwischen mehreren aus einem Schaden wegen unerlaubter Handlung Verpflichteten.

mittelbaren Schadens durch die §§ 844 und 845 BGB zugestanden worden ist [103]. Es interessiert hier nur die Tatsache, daß der Gesetzgeber bemerkenswerterweise dort, wo er eine aus der Gesamtstruktur des Schadensersatzrechts niemals ableitbare einmalige Sonderregelung getroffen hat, ausdrücklich des § 254 BGB gedacht hat [104]. In indirekter Weise wird zum Beispiel in § 618 Abs. III BGB auf § 254 BGB Bezug genommen.

Diesen Fällen einer konkreten Bezugnahme auf § 254 BGB stehen andere Bestimmungen gegenüber, die den § 254 BGB überhaupt nicht erwähnen, in ihrer Rechtsfolgenregelung jedoch das allgemeine Kompensationsprinzip aufgreifen. Ohne eine erschöpfende Aufzählung dieser Normen zu geben und ohne die Behauptung, es handle sich hier um spezialgesetzliche Regelungen des Prinzips der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens, an dieser Stelle zu begründen [105], sollen folgende Vorschriften als Beispiele angeführt werden: §§ 122 Abs. II, 179 Abs. III, 307 Abs. I S. 2, 439 Abs. I und 460 S. 1 BGB.

Geht man von der Erkenntnis aus, daß dem Grundsatz des § 254 BGB speziellere Ausgestaltungen des Kompensationsprinzips gegenüberstehen, so kann die Behauptung, der in § 254 BGB geregelte Einwand des mitwirkenden Verschuldens gelte für das gesamte Haftpflichtrecht [106], nur bedingt richtig sein. Eine Grenze findet die Regelung des § 254 BGB dort, wo der ihr innewohnende Rechtsgedanke bereits spezialgesetzlich modifiziert worden ist. Die §§ 122 Abs. II, 179 Abs. III und 307 Abs. I S. 2 BGB normieren eine Schadensersatzverpflichtung, die sich zwar der Art nach von anderen, regelmäßigen Schadensersatzverpflichtungen unterscheiden mag [107], aber doch die gleichen Haftungsfolgen auslöst. Hätte sich der Gesetzgeber nicht zu einer solchen Spezialregelung des Kompensationsprinzips entschlossen, so würden keine Bedenken bestehen, den § 254 BGB auch auf diese Fälle anzuwenden.

---

103) Vgl. Gottschalk, a.a.O. p. 106 f.

104) Eine ausführlichere Erörterung des Mitverschuldens im Bereiche der Drittschadensgeltendmachung bleibt dem Zweiten Teil (s.u. p. 51 ff.) vorbehalten.

105) S.u. p. 52 ff.

106) Wussow, a.a.O. p. 507 (RNr. 945).

107) Dies, weil es sich in den genannten Bestimmungen um die Verpflichtung zum Ersatze des sog. negativen Interesses handelt; allerdings muß berücksichtigt werden, daß § 249 BGB sowohl das positive als auch das negative Interesse erfaßt!

II. DIE GRENZEN DES DEM § 254 BGB ZUGRUNDELIEGENDEN RECHTSGEDANKENS

Eine kaum übersehbare Fülle von Anspruchsnormen trifft keine Regelung für die Fälle des mitwirkenden Verschuldens. Einen gerechten Ausgleich kann man dann nur durch die generelle Ausweitung des dem § 254 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedankens schaffen. Aber auch dieser allgemeinen Ausweitung müssen irgendwo Grenzen gesetzt sein [108].

Ursprünglich glaubte man, streng am Wortlaut des § 254 BGB haftend, außerhalb des Schadensersatzrechtes könne eine Berücksichtigung des Mitverschuldens nicht statthaft sein [109]. Die Grenzziehung wäre dann einfach. Aber schon das Reichsgericht hielt in einer grundlegenden Entscheidung [110], die heute noch herangezogen wird [111], diesen begriffsjuristischen Standpunkt nicht aufrecht.

So groß der Gewinn aus jener Entscheidung war und ist, eine Begrenzung des Kompensationsprinzips kann aus ihr nicht gewonnen werden. Nach wie vor gilt

---

108) Vgl. Hedemann, Flucht, p.55.

109) Zur Begründung konnte vor allem die Stellung des § 254 BGB im Schadensersatzrecht und seine Fassung angeführt werden.

110) RGZ 71, 187 (191).

Hier heißt es u.a.: "Allerdings bezieht sich § 254 BGB seinem Wortlaut nach nur auf Fälle der Schadensersatzpflicht. Den darin enthaltenen Rechtsgrundsätzen ist aber eine über diese Fälle hinausgehende Bedeutung beizulegen; denn durch § 254 BGB haben allgemeine Rechtsgedanken Ausdruck gefunden, die auch auf anderen Rechtsgebieten dann, wenn es sich um die nicht durch besondere gesetzliche Bestimmungen geregelte Frage des Vorliegens eines rechtlich in Betracht kommenden Verschuldens von zwei oder mehr Personen handelt, Beachtung verdienen, weil durch sie allein eine allgemeinen Rechtssätzen und zugleich der Billigkeit entsprechende und der verschiedenen Gestaltung der Einzelfälle sich anpassende Entscheidung der Frage zu erzielen ist, ob und wie weit der einzelne Beteiligte trotz des Mitverschuldens eines oder mehrerer anderer für sein Verschulden und die sich hieraus ergebenden Folgen verantwortlich ist und die dadurch erwachsenen Nachteile selbst zu tragen hat."

111) Staudinger-Werner, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Bd. II, Teil 1: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1959, Anm. A 20 zu § 254; Nastelski in RGRK, 11. Aufl., Berlin 1960, Anm. 15 zu § 254.

in Rechtslehre und Praxis, daß aus § 254 BGB keinesfalls ein allgemeiner Rechtsgrundsatz abgeleitet werden darf, wonach jedes Verschulden, das Rechtsfolgen auslöst, durch das mitwirkende Verschulden des anderen gemindert oder entkräftet werde [112]. Diese vage Aussage vermag erst recht nichts zur klaren Grenzziehung beizutragen. Bei dieser Situation muß auf eine allgemeingültige theoretische Abgrenzung verzichtet werden.

112) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15. Bearbeitung, p.76; vgl. auch Soergel-Hahne, a.a.O. Anm. I 1a zu § 254; RGZ 62, 420 (424); RG WarnRspr. 1910 Nr.266; RGZ 93, 281 (282 f.); 126, 356 (361); 149, 37; OLG Köln Recht 1927, 1185; RAG SeuffA 84, 76. Vgl. außerdem Gottschalk, a.a.O. p.106.

4. KAPITEL

Grundsätzliches zur Regelung des mitwirkenden Verschuldens im schweizerischen Recht

1. Abschnitt

Grundlagen der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens

Das Prinzip der Berücksichtigung des Mitverschuldens ist auch Bestandteil des schweizerischen Rechts. Es interessiert, wie die schweizerische Rechtsordnung das Kompensationsprinzip bewertet und einer praktischen Lösung zugeführt hat.

In Übereinstimmung mit dem deutschen Recht geht auch die schweizerische Rechtsordnung davon aus, daß die gesetzliche Normierung einen - die ganze gemeinrechtliche Praxis beherrschenden - Gedanken der Billigkeit zum Ausdruck bringt [113]. Die Wertentscheidung fiel demgemäß zugunsten einer ausgleichenden Gerechtigkeit. Als "Erbe der Culpacompensation" [114], wie das Prinzip der Berücksichtigung des Mitverschuldens genannt wurde, zeigt die Ausgestaltung des mitwirkenden Verschuldens im schweizerischen Recht eine enge Verbindung zu den Gerechtigkeitsmaßstäben.

Bereits die erste Fassung des Obligationenrechts vom 14. Juni 1881 enthielt, schon lange vor der Einführung des § 254 BGB, in Art. 51 eine Kodifizierung des Kompensationsprinzips. Die Revision des Bundesgesetzes vom 14. Juni 1881 führte am 30. März 1911 zur Neufassung des Obligationenrechts. Die geltende Fassung der generellen Regel über die Berücksichtigung des Mitverschuldens findet sich seit diesem Tage im Art. 44 OR; außer der unterschiedlichen Einordnung in das Gesetz hat sich inhaltlich gegenüber der früheren Fassung nichts Grundlegendes geändert.

Art. 44 OR hat folgenden Wortlaut:

> "Hat der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt, oder haben Umstände, für die er einstehen muß, auf die Entstehung

---

113) Guhl, Untersuchungen zu Art. 51 OR, Diss. Bern 1904, p. 59.

114) Häberlin, Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweizerischen Schadensersatzrecht, Diss. Bern 1924, p. 78.

> oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermäßigen oder gänzlich von ihr entbinden.
>
> Würde ein Ersatzpflichtiger, der den Schaden weder absichtlich noch grob fahrlässig verursacht hat, durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt, so kann der Richter auch aus diesem Grunde die Ersatzpflicht ermäßigen."

Im Gegensatz zu § 254 BGB spricht Art. 44 OR in dem für diesen Zusammenhang maßgeblichen ersten Absatz nicht direkt von der "Mitwirkung des Geschädigten an der Entstehung des Schadens", sondern generell von "Umständen, für die der Geschädigte einzustehen hat". Allerdings ist in der Literatur anerkannt, daß unter diese "Umstände" in erster Linie das Mitverschulden des Geschädigten gehört [115]. Beim Vergleich des Art. 44 OR mit der ihm vorausgehenden Vorschrift [116], die bereits Schadensersatzbestimmungen enthält, zeigt sich, daß die ausdrückliche Regelung des Kompensationsprinzips [117] mit ihrer Hervorhebung ganz bestimmter Umstände objektiver und subjektiver Natur in Art. 44 OR ein ganz besonderes Anliegen des Gesetzgebers gewesen sein muß. Für die dogmatische Charakterisierung der schweizerischen Mitverschuldensnorm [118] lassen sich aus dieser gesetzestechnischen Anordnung wertvolle Schlüsse ziehen.

In einem weiteren Gegensatz zu § 254 BGB steht die formale Einordnung des Art. 44 OR in die Systematik des Gesetzes. Art. 44 OR gehört unmittelbar in jenen Abschnitt des Obligationenrechts, der die Entstehung eines Schuldverhältnisses durch unerlaubte Handlung regelt. Auf den ersten Blick erweckt diese Position des Art. 44 OR den Anschein, als sei sie noch ungünstiger gewählt als jene des § 254 BGB. Während § 254 BGB immerhin eine das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches beherrschende Stelle einnimmt, bezieht sich Art. 44 OR unmittelbar nur auf ein Teilgebiet des Schuldrechts, auf die unerlaubten Handlungen. Diese gesetzestechnische Einordnung des Kompen-

---

115) Vgl. Schärer, Recht und Gerichtspraxis über Haftpflicht und Schadensersatz (Haftpflichtpraxis), Bern 1940, p. 30.

116) Absatz I von Art. 43 OR lautet: "Art und Größe des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hierbei sowohl die Umstände als die Größe des Verschuldens zu würdigen hat".

117) Vgl. Oser-Schönenberger, Kommentar zum Obligationenrecht, I. Teil, 2. Aufl., Zürich 1929, Anm. 1 zu Art. 44.

118) S.u. p. 31 ff.

sationsprinzips ist aber gar nicht so unzweckmäßig, wenn man sich vergegenwärtigt, daß nach Art. 99 Abs. III OR die Grundsätze der außervertraglichen Haftung über die Bemessung des Schadensersatzes auch für die vertragliche Haftung gelten. Es ist allgemein anerkannt, daß diese Bestimmung in erster Linie für die Art. 43 und 44 OR wichtig ist[119].

Auch für die weitere Ausdehnung des Anwendungsbereiches war die Stellung des Art. 44 OR im Abschnitt über die unerlaubten Handlungen nicht nachteilig. Gerade mit Hilfe der unerlaubten Handlungen stellte sich sehr bald heraus[120], daß das Anwendungsgebiet des Art. 44 OR nicht auf das Obligationenrecht beschränkt ist, sondern, daß es überall dort, wo Ansprüche aus unerlaubten Handlungen entstehen können - und seien es noch so entlegene Spezialgebiete wie Markenschutz, Urheberrecht, Patentrecht usw. - auch außerhalb des Obligationenrechts weiter führt.

2. Abschnitt

Die rechtliche Charakterisierung des Mitverschuldens[121]

Ebensowenig wie § 254 BGB im deutschen Recht hat Art 44 OR in der schweizerischen Rechtsordnung eine haftungsbegründende Funktion, auch er setzt das Bestehen eines Anspruchs[122] voraus. Die Problematik setzt auch in diesem Rechtskreis dort ein, wo es gilt, das Wesen des Prinzips der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens dogmatisch zu erfassen.

---

119) Schärer, a.a.O. p. 100; vgl. außerdem BGE 43 II 796; 46 II 150; 56 II 283; Becker, Kommentar zum Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Bern 1941, Anm. 45 ff. zu Art. 99.

120) Guhl, Untersuchungen, p. 107.

121) Obwohl die schweizerische Terminologie den Begriff des "Mitverschuldens" ablehnt und statt dessen Ausdrücke wie "Selbstverschulden" oder "eigenes Verschulden" gebraucht, wird der Klarheit wegen an den bislang gebrauchten deutschen Bezeichnungen "Mitverschulden" und "mitwirkendes Verschulden" festgehalten.

122) Auch hier in der Regel das Bestehen eines Schadensersatzanspruches.

Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens eines Geschädigten fehlt im Bereiche seines Mitverschuldens [123]; allerdings wurde die Rechtswidrigkeit ursprünglich dogmatisch durch den Begriff der "Ordnungswidrigkeit" ersetzt [124]. Während der Geltungsdauer des alten Obligationenrechts von 1881 übernahm man auch in der Schweiz zur rechtssystematischen Einreihung und Begründung des Kompensationsprinzips die Lehrmeinungen von Rümelin [125] und Zitelmann [126]. In Verbindung mit der Theorie der "Ordnungswidrigkeit" gelangte man zu folgender Definition: "Eigenes Verschulden ist ein ordnungswidriges Verhalten des Beschädigten gegen sich selbst; jedoch ist eigenes Verschulden dann nicht anzunehmen, wenn sich vom objektiv-ethischen Standpunkt aus ein Ausschließungsgrund für die Ordnungswidrigkeit ergibt" [127]. Davon weicht eine andere Begriffsbestimmung kaum ab: "Wo das Verhalten des Geschädigten sowohl vom Standpunkt des eigenen Interesses aus, als auch auf Grund einer ethischen Würdigung als unrichtig erscheint, wird er in der Regel für seine Handlung oder Unterlassung einzutreten haben. Ausnahmen ergeben sich namentlich dann, wenn die Abweichung nur ganz geringfügig ist" [128]. Die Einflüsse der deutschen Rechtslehre sind also unverkennbar.

Einigkeit besteht darüber, daß es sich beim Mitverschulden nicht um ein technisches Verschulden handeln kann [129], doch wird die Meinung vertreten, es handle sich beim Mitverschulden um ein Verhalten, das dem Geschädigten dann als echtes Verschulden angerechnet werden müßte, wenn gerade durch sein Verhalten ein anderer geschädigt worden wäre [130].

---

123) Vgl. Oser-Schönenberger, a.a.O., Teil I, Anm. 5 zu Art. 44; Guhl, Untersuchungen, p.79.

124) Guhl, Untersuchungen, p.82; vgl. auch Schärer, a.a.O. p.30 f., der von "ordnungswidrigem Verhalten" spricht; BGE 64 II 438 ff.

125) Rümelin, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, AZP 90, 171 ff. (307, 311).

126) Zitelmann, a.a.O. p.167.

127) Guhl, Untersuchungen, p.83.

128) Im Hof, Die Art und Größe des Schadensersatzes und der Genugtuung bei Klagen aus OR Titel I/II, Diss. Bern 1912, p.207.

129) Vgl. Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 1 zu Art.44 und Anm. 6 zu Art. 44.

130) Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Versicherungsrechts, 1. Halbband, 2. Aufl., Zürich 1936, p.50.

Die Schwierigkeiten, die sich bei der dogmatischen Erfassung des Kompensationsprinzips ergeben, wurden in der Schweiz frühzeitig vom Gesetzgeber erkannt. Die Revision des Obligationenrechts im Jahre 1911 beseitigte kurzerhand den Begriff "Mitverschulden" aus der Gesetzesnorm und faßte die Formel in dem oben gezeigten [131] Sinne viel weiter als bisher. Dadurch wurde erreicht, daß künftig ohne Bedenken angenommen werden konnte, es handle sich nicht um ein Verschulden im Sinne von Art. 41 OR [132], das "mit Widerrechtlichkeit und Urteilsfähigkeit kombiniert sein müsse" [133]. Eine Änderung für die Praxis wurde damit allerdings nicht erreicht und auch nicht erstrebt [134]. Die neue Regelung führte dann aber doch zu einer erheblichen Einschränkung der subjektiven Voraussetzungen auf Seiten des mitwirkend Geschädigten. Urteilsfähigkeit wird bei ihm nur noch insoweit gefordert, als sie für die Einsicht der Schädlichkeit des eigenen Verhaltens gebraucht wird [135], während im deutschen Recht die vollen Zurechnungsgründe (Zurechnungs- und Deliktsfähigkeit nach §§ 827, 828 BGB) grundsätzlich beim Geschädigten vorliegen müssen. Eine vollständige Lösung der dogmatischen Konflikte konnte aber auch im schweizerischen Recht nicht erreicht werden.

Die neueste schweizerische Literatur geht - so wie es oben [136] auch für das deutsche Recht als wünschenswert erachtet wurde - von der engen Bindung aus, die zwischen Mitverschuldensberücksichtigung und Treu und Glauben [137] besteht [138]: wer einen Schadensersatzanspruch stelle, dürfe nicht selber zum Schaden beigetragen haben; soweit dies der Fall sei, solle er den Schaden auf

---

131) S.o. p. 29 f.

132) Also kein technisches Verschulden mehr, wie es das deutsche Recht beispielsweise in § 276 BGB normiert hat.

133) Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 1 zu Art. 44.

134) Ebd.

135) Vgl. Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 7 zu Art. 44; BGE 24 II 213; Berner Appellations- und Kassationshof ZBJV 27, 85; F. Fick, Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, 1. Aufl., zugleich 4. Aufl. des einbändigen Kommentars von Schneider und H. Fick, I. Bd. von F. Fick unter Mitwirkung von v. Morlot, Zürich 1911, Note 62.

136) S.o. p. 22 ff.

137) Der Grundsatz von Treu und Glauben ist im schweizerischen Recht in Art. 2 ZGB festgelegt.

138) Dazu und zum folgenden: Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1958, p. 138.

sich nehmen; verlange man von einem anderen Ersatz für den Schaden, den man sich selbst zugefügt, verstoße man gegen den Grundsatz von Treu und Glauben [139]. Durch die Neufassung des Art. 44 OR ist der unmittelbare Ansatz von Treu und Glauben und damit der Durchgriff zum Institut des "venire contra factum proprium" wesentlich erleichtert. Während das deutsche Recht in § 254 BGB zwar auch eine dem Treu-und-Glaubens-Grundsatz gemäße Wertung getroffen hat, die Ausgestaltung des Kompensationsprinzips aber in einer strengen Form mit ganz bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen vorgenommen hat, spricht Art. 44 OR lediglich von "Umständen", die der Geschädigte zu verantworten hat.

Die praktische Wirkung des Art. 44 OR zeigt sich vor allem in der dem Richter überlassenen Schadensersatzteilung. Ausdrücklich wird von einer derartigen Berechtigung des Richters gesprochen [140]. Auch der schweizerische Gesetzgeber gibt keinen Maßstab für diese Schadensersatzteilung an, sondern überläßt es in vollem Umfange dem Richter, in welchen Quoten zu teilen ist oder ob gar eine völlige Entlastung des Schädigers erfolgen kann. Der schweizerische Richter ist - so scheint es äußerlich - freier als der deutsche, in Wirklichkeit besteht wohl kaum ein Unterschied. In der Literatur wurde dazu bemerkt, daß eine Regelung mit genauer Teilungsordnung keine große praktische Bedeutung haben könnte, "denn die Praxis einer Gesetzesbestimmung, die als vornehmsten Rechtsgrund die Billigkeit hat und vorzüglich der Billigkeit Ausdruck geben soll, deren Anwendung oder Nichtanwendung ferner allein vom richterlichen Ermessen abhängt, kann nicht sehr beeinflußt werden von dem in derselben im weiteren enthaltenen Rezept über die Art ihrer Anwendung" [141].

---

139) Oftinger, ebd.; vgl. auch BGE 64 II 439; Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 3 zu Art. 44.

140) Schärer, a.a.O. p.33.

141) Guhl, Untersuchungen, p.91.

5. KAPITEL

Grundsätzliches zur Regelung des mitwirkenden Verschuldens im französischen Recht

1. Abschnitt

Das ungeschriebene Gesetz der Berücksichtigung des Mitverschuldens

Die Begriffe, welche die französische Rechtswissenschaft für das Mitverschulden verwendet, unterscheiden sich nur unwesentlich von denen, die im deutschen Rechtskreis gebraucht werden. Seit langem hält man die älteren Bezeichnungen "faute commune", "faute concurrente", "faute concomitante" und "compensation des fautes" für zu ungenau und unvollständig und hat deshalb den umfassenderen Begriff der "faute de la victime" [142] vorgeschlagen [143]. Gegen die Bezeichnung "faute commune", die dem deutschen "Mitverschulden" wohl am nächsten kommt, wird vor allem geltend gemacht, die beiden "Verschulden" des Schädigers und des Geschädigten seien im allgemeinen gänzlich verschieden und von einander unabhängig [144]. Um Verwirrungen zu vermeiden, soll im folgenden, soweit möglich, mit den deutschen Bezeichnungen gearbeitet werden.

I. MITVERSCHULDENSBERÜCKSICHTIGUNG ALS GEWOHNHEITSRECHT

Der prinzipielle Rechtssatz, daß der Geschädigte dann nicht berechtigt sei, Schadensersatz zu fordern, wenn er den Schaden auf Grund seines Verhaltens erleiden mußte, wurde von der französischen Rechtslehre unmittelbar vom

---

142) In vielen Fällen sogar "fait de la victime".

143) Vgl. Haller, Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation, thèse Paris 1926, p. 18 ff.

144) So Planiol-Ripert-Esmein, Traité pratique de droit civil français, t. VI: Obligations, 1ere partie, 2e éd., Paris 1952, p. 790 (no 570).

römischen Recht [145] übernommen [146], allerdings nur insoweit, als das Verhalten des Geschädigten ohne Hinzutreten weiterer Ursachen ausschließlich an der Schadensentstehung "schuld" war. Eine andersartige Formulierung des Kompensationsprinzips war von den älteren französischen Autoren nicht geschaffen worden [147]. Insbesondere war von einer Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens des Geschädigten im heutigen Sinne vor der Einführung des Code civil konkret niemals die Rede gewesen; auch die Schöpfer des französischen Zivilgesetzbuches haben dieses Institut in ihrem Werk ausdrücklich nicht berücksichtigt. Es gibt im Code civil und in den älteren französischen zivilrechtlichen Nebengesetzen keine Bestimmung, die mit klaren Worten - entsprechend § 254 BGB oder Art. 44 OR - dem mitwirkenden Verschulden des Geschädigten Rechnung trüge. Mit einem gewissen vorwurfsvollen Unterton wird heute in der Theorie mehrfach darauf verwiesen, daß die Redaktoren des Code civil die rechtliche Problematik des mitwirkenden Verschuldens weder bei den vorbereitenden Arbeiten noch bei der endgültigen Zusammenstellung des Gesetzeswerkes erwähnt hätten [148]. Diesen Tadel abschwächend, wird jedoch hinzugefügt [149], daß es nicht so sei, als habe der Gesetzgeber "niemals versucht, die Schwierigkeiten, die bei der Mitwirkung des Geschädigten an der Schadensentstehung entstünden, zu lösen" [150].

Die bewußte Stärkung der Rechtsposition des Geschädigten wurde für alle drei hier interessierenden Rechtsordnungen etwa zur gleichen Zeit begonnen. Maßgebend für diese Entwicklung, die noch heute ihren Abschluß nicht gefunden hat [151], war nicht allein die moderne geistige, soziologische und politische Strukturwandlung seit der Mitte des vergangenen Jahrhunderts, sondern war

---

145) S.o. p. 3 ff.

146) Lalou, La responsabilité civile, principes élémentaires et applications pratiques, 2^{e} éd., Paris 1932, p.89 (n^{o} 125).

147) Mazeaud-Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t.II, 5^{e} éd., Paris 1958, p.437 (n^{o} 1455).

148) Vgl. Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.437 (n^{o} 1455); Haller, a.a.O. p.22.

149) Haller, ebd.

150) Haller, ebd.: "Ce n'est pas à dire que notre législateur n'ait jamais essayé de solutionner les difficultés naissant de la coopération de la victime à la production du dommage.....".

151) Man denke etwa an die Planungen einer internationalen Konvention über Raketenhaftpflichtfälle usw.

vor allem die Vervielfältigung technischer Gefahrenquellen, die zum Schadenseintritt führen können. Zuerst waren es die Eisenbahn und das Eindringen von Maschinen in die Industrie, die einen verstärkten Schutz der in ihren Gefahrenkreis tretenden Personen forderten. Bald folgte der Straßenverkehr und die Luftfahrt. Zu dieser Entwicklung beigetragen hat auch das perfektionierte Versicherungswesen der heutigen Zeit. Flucht vor dem Risiko, bedingt durch immer höher werdende Schäden, kennzeichnet das moderne Haftpflichtrecht [152]. Im Jahre 1804, als der Code civil geschaffen war, brauchten alle diese Gesichtspunkte nicht berücksichtigt zu werden, es gab sie noch nicht. Anders dagegen beim Erlaß des ersten Obligationenrechts der Schweiz oder gar des Bürgerlichen Gesetzbuches. Der Vergleich der drei Gesetzbücher hinsichtlich ihres Entstehungsdatums zeigt, daß dem französischen Gesetzgeber von 1804 tatsächlich nicht der Vorwurf eines unentschuldbaren Versäumnisses gemacht werden kann, wenn der Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens durch eine gesetzliche Normierung nicht das Gewicht verliehen wurde, das es bei der heutigen günstigen Stellung des Geschädigten im Haftpflichtrecht verdient [153].

Unter diesen Umständen mußte es im französischen Recht der Lehre und der Gerichtspraxis vorbehalten bleiben, eine den modernen Forderungen genügende praktikable Lösung zu finden. Es leuchtet ein, daß dies mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden war. Dennoch ist es im Laufe der Zeit gelungen, einheitliche Rechtsgrundsätze zu finden, die heute im Range eines fest umrissenen Gewohnheitsrechts stehen und sich als durchaus tragfähig erwiesen haben. Auch der Gesetzgeber jüngerer Gesetze mußte sich, der Entwicklung entsprechend, mit dieser Problematik der Mitverschuldensberücksichtigung auseinandersetzen und dem Kompensationsprinzip Eingang in das geschriebene Gesetz verschaffen. Er tat dies [154] jeweils in spezieller Weise, ohne eine Generalklausel zu geben [155]. Deshalb muß auch bei Anwendung dieser Spezialnormen immer wieder auf die gewohnheitsrechtlich entwickelten Grundlagen zurückgegriffen werden.

---

152) Die Mittel, die zur Besserstellung des Geschädigten im Laufe der Zeit gefunden wurden, sind mannigfacher Art. Am bedeutendsten ist wohl die ungeheure Ausdehnung der Kausalhaftung. Aber auch in anderen Fällen hat sich die Abwälzung des Schadens auf einen anderen und die Haftung jenes anderen stetig erweitert.

153) Haller, a.a.O. p.22.

154) Z.B. art. 20 des Gesetzes vom 9. April 1898 über die Arbeitsunfälle und art. 53 des Gesetzes vom 31. März 1924 über die Luftfahrt.

155) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.437 (n° 1456).

II. VERSUCH, DIE BERÜCKSICHTIGUNG DES MITVERSCHULDENS DOGMATISCH AUS ART. 1382 C.c. ABZULEITEN

Art. 1382 C.c. [156] ist die grundlegende Regelung der Schadensersatzpflicht im Bereiche der unerlaubten Handlungen und bestimmt, daß jede Handlung eines Menschen, die einem anderen Schaden verursacht, denjenigen, durch dessen Verschulden der Schaden entstanden ist, zur Wiederherstellung verpflichtet. Wenn von dieser Lösung abgewichen werden solle, bedürfe es eines Gesetzes; nur dann, wenn das Recht nicht kodifiziert sei, könne die Billigkeit Quelle dieses Rechts sein [157]. Nach dem Wortlaut des art. 1382 C.c. besteht in jedem Falle eine Rechtsfolgenregelung. Daher fordert die hier behandelte Meinung eine entsprechende Interpretation des art. 1382 C.c., um überhaupt zur Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens zu kommen. Die Ausführungen von Savatier [158] sind bemerkenswert: "... le fondement de toute la théorie légale est que chacun doit être responsable des suites de sa faute, quelles que soient ces suites. Si c'est l'auteur même de la faute qui en subit les conséquences, il faut donc les laisser à sa charge. Décider autrement, mettre les conséquences de la faute d'autrui à la charge d'une personne qui n'y a pas participé, aboutirait précisément à rendre cette faute dommageable pour cette personne, ce qui est directement contraire à l'art. 1382. L'individu qui serait condamné à réparer la faute d'un autre, subirait, de ce fait, un préjudice causé par cette faute; il devrait donc pouvoir en demander compte à qui de droit. Le résultat naturel de ce recours serait de lui faire répéter l'indemnité payée, en vertu de tout autre principe, à l'individu en même temps victime et auteur de la faute. Le plus logique et le plus légal est de ne pas permettre ce paiement."

Auch von anderer Seite wird das französische System als "rein logische Ableitung aus art. 1382 C.c." bezeichnet [159]. Dabei wird die Frage aufgeworfen, ob nicht die Ersatzleistung, zu welcher der Schädiger verurteilt wird, eine zivilrechtliche Strafe [160] sei und darauf hingewiesen, daß jede Strafe

---

156) Art. 1382 C.c. lautet: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer."

157) Savatier, Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence, thèse Paris 1916, p. 228 f.

158) A.a.O. p. 226 f.

159) Tassin, Essai sur la compensation des fautes en droit romain, suivi d'un aperçu de législation comparée, thèse Dijon 1912, p. 106.

160) "peine civile" oder "peine privée"; vgl. zu diesen Begriffen: Hugueney, L'idée de peine privée en droit contemporain, thèse Paris 1904.

der Schwere des Verschuldens angemessen sein müsse.

Die Anhängerschaft jener Lehrmeinung, welche in art. 1382 C.c. den positivrechtlichen Grund für die Berücksichtigung des Mitverschuldens sieht, blieb im französischen Recht klein [161]. Die Auffassung, art. 1382 C.c. könne nicht zu einer Begründung des Kompensationsprinzips herangezogen werden, deshalb stelle sich das Problem außerhalb der geschriebenen Gesetzestexte und müsse folglich nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten [162] einer Lösung zugeführt werden, setzte sich durch.

Welche Lösungsmöglichkeiten im einzelnen gefunden wurden, wird im folgenden näher erläutert.

III. MITVERSCHULDENSBERÜCKSICHTIGUNG UND ÜBERPOSITIVES RECHTSDENKEN IN FRANKREICH

Auch im französischen Recht spielen für die prinzipielle Berücksichtigung des Mitverschuldens rechtsethische Wertmaßstäbe die entscheidende Rolle. Teilweise wird als Hauptgrund für die Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens allein das allgemeine Gerechtigkeitsprinzip angeführt [163], teilweise beruft man sich auf die Moral und den sozialen Fortschritt [164]. Wie auch die Begründung gegeben wird, macht sie doch deutlich, daß auch das französische Recht dem Prinzip der Berücksichtigung des Mitverschuldens einen überragenden, allgemeinen Wert beimißt [165].

---

161) Dem Verfasser wurde kein Urteil eines französischen Gerichts bekannt, das sich zur Herleitung des Kompensationsprinzips unmittelbar auf art. 1382 C.c. bezogen hätte.

162) "d'après l'utilité pratique", Domogue, Traité des obligations en général, t. IV: Sources des obligations (suite), Paris 1924, p. 510 (n° 795).

163) Savatier, Traité de la responsabilité civile en droit français, t. I: Les sources de la responsabilité civile, 2e éd., Paris 1951, p. 242 (n° 192 bis); hier heißt es wörtlich: "Et il serait injuste de la (réparation!) lui (victime!) donner intégralement, si son imprudence a concouru au dommage dont elle se plaint." (Hervorhebung vom Verfasser).

164) Vgl. Lebreton, Le partage de la responsabilité dans les accidents d'automobiles, thèse Paris 1941, p. 17.

165) S.o. p. 12 ff.

2. Abschnitt

Wesen und Wirkung der "faute de la victime"

I. VORAUSSETZUNGEN

Primäres Erfordernis für die Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens ist auch im französischen Recht der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Schadenseintritt beziehungsweise der Schadensvergrößerung und dem Tun oder Unterlassen des Geschädigten [166]. Hinzukommen muß die sogenannte non-imputabilité; der Begriff der "imputabilité" bedeutet im französischen Recht - und zwar im Straf- wie auch im Zivilrecht -, daß jemandem sowohl die Verursachung des äußeren Tatbestandes als auch die Schuld an der Straftat, der unerlaubten Handlung oder des schadenstiftenden Ereignisses schlechthin zugerechnet werden kann [167]. Mit Recht erläutern Mazeaud-Tunc [168] deshalb in diesem Zusammenhang die Voraussetzungen der "non-imputabilité" einschränkend dahin, daß seitens des Geschädigten keine "Provokation" erfolgt sein dürfe [169]. Weiterhin darf die Handlung des Geschädigten nicht unvorhersehbar und unwiderstehlich [170] sein, wobei es ausreicht, wenn sie dem Schädiger nicht zugerechnet werden kann [171]. In Frankreich werden gelegentlich ähnliche Theorien vertreten, wie sie in Deutschland zu § 254 BGB entwickelt worden sind. Aber im ganzen sind die Gesichtspunkte in Frankreich vielgestaltiger als bei uns. Wenn zum Beispiel der Geschädigte es unterlassen hat, den Schädiger(Schuldner) auf einen ungewöhnlich hohen Schaden aufmerksam zu

---

166) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.440 (n° 1460).

167) In der Anwendung des Begriffs in diesem Bereich und der späteren Gegenüberstellung mit der "faute de la victime" kann insoweit nur die Verursachung des äußeren Tatbestandes gemeint sein.
Imputabilité wird definiert: "Possibilité de considérer une personne, du point de vue matériel et du point de vue morale, comme l'auteur d'une infraction", so Capitant, Vocabulaire juridique, Paris 1936, p.282; Piccard-Thilo-Steiner, Rechtswörterbuch, Zürich 1950, p.280 übersetzen "Zurechenbarkeit eines rechtswidrigen Erfolges". Vgl. ferner: Wicher, Handwörterbuch der französischen Rechtssprache, Frankfurt 1951, p.181.

168) A.a.O., t. II, p.441 (n° 1461).

169) Vgl. dazu auch Demogue, a.a.O., t. IV, p.509 f. (n° 795).

170) "Imprévisible et irrésistible".

171) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.442 (n° 1462).

machen, dann haben Gerichte den Schuldner von der Haftung freigestellt mit der Erwägung, es handle sich um nicht zu ersetzenden, indirekten oder unvoraussehbaren Schaden [172]. - Schließlich bedarf es eines Verschuldens des Geschädigten.

II. DAS WESEN DER "FAUTE DE LA VICTIME"

In der Betrachtung des Gesamtkomplexes des "fait de la victime", also der objektiven und subjektiven Haltung des Geschädigten gegenüber Schaden und Schadenstifter, liegt das Schwergewicht auf der subjektiven Seite, denn sie allein hat zunächst Einfluß auf die Haftung. Wenn demgegenüber art. 78 des Code franco-italien des obligations et des contrats (- ein bloßer Gesetzentwurf -) die Haftungsminderung an das "fait de la victime" als die lediglich objektive Tatseite knüpft [173], so glaubt die Theorie [174] dennoch nicht daran, daß damit eine Abkehr vom "Verschuldens-Prinzip" und der Übergang zum Kausalhaftungs-Prinzip [175] beabsichtigt gewesen war.

Die französische Rechtslehre hat sich intensiv mit dem Wesen der "faute de la victime" auseinandergesetzt und eine dogmatische Einordnung dieses "Ver-

---

172) Civ.c. 9 septembre 1940, D.H. 1940, 141, Gaz. Pal. 1940.2.59, rapport F.Mazeaud; der Leitsatz dieses Urteils lautet: "Le fait qu'aucune faute n'est établie à la charge du gardien d'une chose inanimée ne suffit pas à imprimer à la faute de la victime le caractère de cause unique du dommage, susceptible de libérer entièrement le gardien. D'autre part, la faute de la victime ne peut exonérer totalement le gardien que si elle a été la cause unique du dommage, le gardien n'ayant pu ni la prévoir, ni en éviter les conséquences". Vgl. dazu auch die note H.Mazeaud S.1940.1.81. - Weitere Entscheidungsnachweise bei Beudant et Lerebours-Pigeonnière, Cours de droit civil français, t. IX bis, 2e éd., Paris 1952, p.182 f. (nº 1558).

173) Wörtlich heißt es in art. 78: "Lorsque le fait de la victime a contribué à causer le dommage, l'obligation de le réparer est diminuée dans la mesure où la victime y a contribué".

174) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.444 (nº 1466).

175) S.u. p. 99 ff.

schuldens" versucht [176].

Das französische Recht hat den Begriff des "Verschuldens gegen sich selbst" übernommen [177], aber darüber hinaus im mitwirkenden Verschulden auch zumindest ein zum Teil echtes technisches Verschulden angenommen. Jenes Verschulden im technischen Sinne wird darin gesehen, daß der Geschädigte an der Schädigung teilgenommen hat, diese Teilnahme wiederum den Verletzer schädigt, weil er gehalten ist, den Schaden zu reparieren. Mit anderen Worten: teils schädigt sich der Geschädigte durch sein Verhalten selbst (Verschulden gegen sich selbst), teils trifft ihn ein echtes Verschulden gegenüber dem Schädiger [178]. Die Nutzanwendung wird mit folgender Überlegung gewonnen: das konkrete Verhalten des Geschädigten wird abstrahiert, indem man fragt, was ein anderer an der Stelle des Geschädigten in dem betreffenden Fall getan hätte [179].

III. DIE WIRKUNG DES MITVERSCHULDENS AUF DEN SCHADENSERSATZANSPRUCH

Es handelt sich hierbei wohl um die am meisten diskutierte Frage im französischen Recht der Mitverschuldensberücksichtigung. Seit der Schaffung des Code civil hat der Meinungsstreit über die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten, die vorgeschlagen worden sind, ständig größere Ausmaße angenommen. Auch für die jüngste Zeit kann man nicht sagen, daß sich in diesem Punkt eine einhellige Meinung gebildet hätte.

Es bestehen drei Möglichkeiten, das Problem zu lösen. Der Lösungsvorschlag, den gesamten Schaden nach wie vor vom Schädiger tragen zu lassen, scheitert an der nun einmal getroffenen Wertentscheidung zugunsten des Kompensationsprinzips. Immerhin wird eine solche Lösung zwar nicht ernstlich diskutiert, jedoch hin und wieder erwähnt [180].

---

176) Ganz anders die englische Rechtslehre, die, zwar das Verschulden des Geschädigten fordernd, sich über eine dogmatische Erklärung kaum Gedanken gemacht hat.

177) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.444 (n° 1467); Haller, a.a.O. p.36.

178) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.444 (n° 1467) mit weiterem Hinweis.

179) Douai 15 mars 1932, Rec. Douai 1932, 322.

180) Vgl. Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.498 (n° 1508).

Von den verbleibenden beiden Meinungen verlangt die erste: völlige Entlastung des Schädigers von jeglicher Haftung, die zweite: Teilung der Haftung und entsprechende Verteilung des Schadens auf Schädiger und Geschädigten.

Eine vollständige Freistellung des Schädigers von der Haftung wird von der überwiegenden Mehrheit abgelehnt und statt dessen eine Teilung der Haftung gefordert [181]). Der Grund hierfür sei, so wird gesagt [182]), daß derjenige Geschädigte, der Miturheber des Schadens gewesen sei, zumindest einen Teil des Schadens zu tragen habe. "Jedem seinen Haftungsanteil" fordert Tassin [183]).

Die schwierigste Frage jedoch erhebt sich erst jetzt: nach welchen Gesichtspunkten soll die Haftungsteilung vorgenommen werden? Ein großer Teil der Rechtslehre vertritt die Auffassung, die Verteilung sei jeweils in dem Verhältnis vorzunehmen, in welchem der Schaden vom Schädiger einerseits und vom Geschädigten andererseits verursacht worden ist [184]). Man verweist in diesem Zusammenhang meist auf den Wortlaut des § 254 BGB. Die wohl einfachste Formel gibt Teisseire, wenn er sagt: "Tout dommage doit être réparti entre l'auteur et la victime dans la mesure où chacun d'eux l'a causé par son fait" [185]); er fügt hinzu, daß in diesem Satz sowohl das Prinzip der Kausalität als auch die Idee der anteilsmäßigen Ersatzleistung und der gleichen Behandlung des Schädigers und des Geschädigten enthalten sei [186]).

Die herrschende Lehrmeinung, der sich die Gerichte anschließen, steht auf dem Standpunkt, daß die Teilung der Haftung nach dem Schweregrad des beidersei-

---

181) Mazeaud-Tunc ebd.; Demogue, a.a.O., t. IV, p. 515 (n° 799); Hugueney, a.a.O. p.259; Terlez, De la responsabilité en cas de faute partagée, dans le droit anglo-saxon et le droit français comparés, thèse Paris 1938, p.24; und andere.

182) Tassin, a.a.O. p.103.

183) A.a.O. p.108 f.

184) Haller, a.a.O. p.131 f.; R. Savatier, note D.P. 1935.2.17; Muteau, De la responsabilité civile (art. 1382 et suivant de C.c.), étude morale et juridique, examen de la doctrine et de la jurisprudence, Paris 1898, p.424; Lucienne Ripert, La réparation du préjudice, thèse Paris 1933, p.114 f.; Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.499 (n° 1510) mit weiteren Hinweisen.

185) Teisseire, Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité, thèse Aix 1901, p.170 f.

186) Ebd.

tigen Verschuldens vorgenommen werden muß [187]. Die Tatsache, daß der Grad des beiderseitigen Verschuldens als Abwägungsmaßstab für die Höhe des vom Schädiger zu leistenden Ersatzes herangezogen wird, entspricht durchaus der Meinung, es handle sich beim mitwirkenden Verschulden um ein teilweise echtes technisches Verschulden.

Abschließend ist zu diesem Hauptproblem im französischen Recht, das hier nur berichtsweise erörtert werden sollte, zu sagen, daß die Schwierigkeiten durch das Fehlen einer kodifizierten Rechtsgrundlage gegenüber dem deutschen Recht nicht verstärkt worden sind. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit seinem § 254 nicht verhindern können, daß in der deutschen Rechtswissenschaft heftige Diskussionen über den Anknüpfungspunkt für die Schadensersatzminderung bei mitwirkendem Verschulden entstanden sind. Die Diskussionsgrundlage ist im Vergleich zum französischen Recht eher verengt als gefestigt.

IV. DIE BERÜCKSICHTIGUNG MITWIRKENDEN VERSCHULDENS IN DER RICHTERLICHEN PRAXIS

Das französische Recht gewährt dem Richter die Möglichkeit, in pflichtmäßiger Ermessensausübung das beiderseitige Verschulden und die damit festgelegten Schadensersatzpflichten frei abzuschätzen. Subtile Erörterungen, wie sie für das deutsche Recht vorgenommen worden sind [188], lassen sich aus der französischen Literatur nicht ersehen. Der Richter ist bei der Ausübung seines Ermes-

---

187) Ripert-Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. II, Paris 1957, p. 387 (n° 1019); Planiol-Ripert-Esmein, a.a.O. p. 791 (n° 570) und vgl. die hier in Fußn. 6 (p. 790 f.) zitierten Entscheidungen, von denen hervorgehoben werden sollen:
Civ. 24 novembre 1913, D. 1914.1.293 = S. 1914.1.408; civ. 24 mars 1930, Gaz. Pal. 1930.1.881; civ. 2 mars 1948, D. 1948.256; civ. 8 avril 1932, S. 1932.1.190 f., wo es heißt (p. 191): "... que la faute de la victime elle-même n'exonère pas l'auteur de l'accident des conséquences de sa propre faute et qu'elle a pour résultat unique de justifier le partage des responsabilités".
Vgl. ferner Lalou, a.a.O. p. 94 (n° 135).

188) S.o. p. 16 f.

sens in keiner Weise beschränkt [189]. Klare Übereinstimmung des deutschen mit dem französischen Recht besteht jedenfalls insoweit, als beide Rechtsordnungen die Möglichkeit anerkennen, daß der Richter auf Grund des überwiegenden Verschuldens des Geschädigten dessen Schadensersatzanspruch in toto verneinen kann [190].

---

189) Vgl. Planiol-Ripert-Esmein, a.a.O. p. 790 (n° 570); Goyet, Etude sur le droit à réparation dans le cas où la victime a participé à l'acte dommageable ou a commis une faute personnelle, La semaine législative et judiciaire 1926, 100 f.: "La Cour de cassation laisse aux juges du fond la libre appréciation de la part de dommage qui doit être laissée à la charge de la victime...." (Hervorhebungen vom Verfasser).

190) Vgl. Req. 15 juillet 1902, D.P. 1905.1.340; 24 novembre 1902, D.P. 1905.1.109;

Demogue, a.a.O., t. IV, p. 510 (n° 796); Lalou, a.a.O. p. 90 (n° 125); Goyet, a.a.O. p. 100 f.

6. KAPITEL

Ausblick in das englische Recht: Die Lehre von der "Contributory Negligence"

Eine ausführliche vergleichende Darstellung des englischen Rechts ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Die knappe Skizzierung der Lösung des Kompensationsproblems im englischen Recht, wie sie im folgenden versucht wird, erscheint jedoch zur Vervollständigung des bisher gewonnenen Bildes dienlich. Daß dem außerordentlich komplexen englischen Rechtsinstitut dabei eine befriedigende Behandlung versagt bleiben muß, wird in Kauf genommen. Rasch und wissenschaftlich zuverlässig informiert denjenigen, der sich intensiver mit dem Kompensationsprinzip im englischen Recht zu befassen wünscht, eine Monographie von Glanville L. Williams [191], deren Bedeutung auch für die Rechtsvergleichung Esser [192] aufgezeigt hat.

Sedes materiae der englischen Lösung des Kompensationsprinzips war in der Praxis des Common Law die Theorie von der "contributory negligence". Als ihre Quelle gilt im allgemeinen das im Rechtsstreit Butterfield v. Forrester ergangene Urteil [193]. Die entscheidenden Sätze der Begründung lauten: "One person being in fault will not dispense with another's using ordinary care for himself. Two things must occur to support this action, an obstruction in the road by the fault of the defendant, and no want of ordinary care to avoid it on the part of the plaintiff" [194].

Die Lehre wurde auf dem Gebiet der deliktischen Fahrlässigkeit entwickelt. Sie besagt: handelt der Schädiger fahrlässig, so führt das mitwirkende Verschulden des Geschädigten, gleichgültig welchen Schweregrades, zum Wegfall seines Schadensersatzanspruches [195]. Der Einwand des mitwirkenden Verschuldens war unter den genannten Voraussetzungen eine "complete de-

---

191) Joint Torts and Contributory Negligence, London 1951.
192) Besprechung des in Fußn. 191) zitierten Werkes, RabelsZ 1951, 751 ff.
193) Heuston, Salmond on the Law of Torts, 12. Aufl., London 1957, p.438.
194) Zitiert nach Heuston/Salmond, a.a.O. p.438.
195) Vgl. Williams, a.a.O. p.197 ff.

gence"[196]). Die Lösung des Common Law basiert also auf dem Prinzip des "Alles-oder-Nichts", des "Entweder-Oder". - Im übrigen, etwa bei Vorsatz des Schädigers, wurde - entsprechend dem römischen Recht - das Mitverschulden des Beschädigten nicht berücksichtigt[197]).

Die Grundlagen dieser Lehre werden gesehen teilweise in einem "well-established principle of medieval law"[198]), teils in dem Strafzweck, der im Kompensationsprinzip gesehen werden soll[199]). Bemerkenswert sind die folgenden modernen Gedanken: "The truth is that the doctrine of contributory negligence was anomalous, because it represents an attempt to piece together two incompatible theories of civil liability - the medieval theory that liability is bared on an act which causes damage, and the modern theory that liability is, as a general rule, based upon some moral fault, either of the negligent or of the intentional variety. Nor is the defence of contributory negligence an application of the maxim volenti non fit injuria, although the two principles often concour and have often been confused. The defence of contributory negligence confesses and avoids a prima facie liability, it excludes the idea of deliberation, and relies upon the failure of the plaintiff to exercise reasonable care"[200]).

Die Härte dieser Lösung versuchte schon das Common Law zu mildern. Von ganz entscheidender Bedeutung, die bis in unsere Tage reicht, wurde die im Prozeß Davies v. Mann[201]) gewonnene Regel: "Though the plaintiff may have been found guilty of negligence, and although that negligence may, in fact, have contributed to the accident, yet if the defendant could in the result, by the exercise of ordinary care and diligence, have avoided the mischief which happened, the plaintiff's negligence will not excuse him"[202]). Gegenüber der ursprünglichen Lösung des Common Law hat diese unter den Bezeichnungen "last-opportunity-rule", "rule of the last clear opportunity" oder "rule of the last clear

---

196) Street, The Law of Torts, 2. Aufl., London 1959, p.153.

197) Williams, a.a.O. p.197 ff.

198) Heuston/Salmond, a.a.O. p.437. - Zur englischen Haltung zum römischen Recht hinsichtlich der Kulpakompensation vgl. Buckland-McNair, Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline, 2. Aufl., Cambridge 1952, p.370 ff.

199) Heuston/Salmond, a.a.O. p.437; vgl. dazu Pollock, Law of Torts, A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law, 15. Aufl., London 1951, p.353.

200) Heuston/Salmond, a.a.O. p.437 f.

201) Zitiert nach Heuston/Salmond, a.a.O. p.438 f.

202) Zitiert nach Heuston/Salmond, a.a.O. p.439 f.

chance" berühmt gewordene Doktrin eine, allerdings unzulängliche, Milderung des bisherigen Rigorismus' gebracht [203]. Dabei ist zu beachten, daß die Regel "unter der falschen Flagge der Kausalitätsfrage" [204] eingeführt worden ist [205].

Die Kombination der Theorie von der contributory negligence mit der last-opportunity-rule ergab für die Mitverschuldensberücksichtigung in England folgende Maxime: wird eine Schädigung durch beiderseitige Fahrlässigkeit von Schädiger und Geschädigtem herbeigeführt, so ist derjenige von beiden ausschließlich zur Schadenstragung verpflichtet, der die "last opportunity of avoiding the accident by reasonable care" hatte und die Gefahr, welche durch die Fahrlässigkeit des anderen Mitbeteiligten verursacht wurde, kannte oder kennen mußte [206].

Die Entscheidung Davies v. Mann und mit ihr die last-opportunity-rule wurden für die Mitverschuldensberücksichtigung im englischen Recht von eminenter Bedeutung. Der Lauf der Zeit hat die Regel zwar äußerlich veralten lassen, insbesondere hat die Einführung der Gesetze von 1911 und 1945, die anschließend noch erörtert werden sollen, das Prinzip des Common Law überholt, die Tradition hat jedoch den Gehalt der alten Lösung so konserviert, daß sich die Regel teilweise gegen das Gesetz hält.

Durch die "Maritime Conventions Act" von 1911, Section 1, wurde für den Bereich des Seerechts erstmalig im englischen Recht die Quotelung des Scha-

---

203) Ausführlich dazu: Williams, a.a.O. p.223 ff.

204) Esser, Rezension von Williams, a.a.O. p.754.

205) "This mode of statement, however, ist clearly elliptical and insufficient as a complete formulation of the principle. Read literally, it is not merely a limitation of the general rule as to contributory negligence, bu the complete negation of it. For ex hypothesi in all cases of contributory negligence the defendant has been guilty of negligence which caused the accident: therefore in all cases he could by the exercise of reasonable care have avoided the accident; and therefore he is liable notwithstanding the contributory negligence of the plaintiff. Clearly, therefore, something more than a mere opportunity of avoiding the accident by reasonable care is required in order to bring the rule in Davies v. Mann into operation."
So Heuston/Salmond, a.a.O. p.440.

206) Heuston/Salmond, a.a.O. p.440 f.

densersatzes entsprechend dem Verschulden der an der Schadensentstehung mitwirkend Beteiligten eingeführt. Denn, wenn "both parties are to blame for causing a collision at sea, which does harm to ship or cargo, the liability to make good the harm shall be in proportion to the degree in which each party was at fault"[207].

Für das gesamte Schadensersatzrecht vollzog sich der endgültige Schritt von der "inflexible rule of law"[208] und der "rigorous logic"[209] zur freien richterlichen Schadensersatzbemessung nach "common sense"[210] in "just and equitable" Beurteilung durch die "Law Reform (Contributory Negligence) Act" von 1945. Section 1 (1) dieses Gesetzes lautet:

> "Where any person suffers damage as the result partly of his own fault and partly of the fault of any other person or persons, a claim in respect of the damage shall not be defeated by reason of the fault of the person suffering the damage, but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant's share in the responsability for the damage"[211].

Auch dieses Gesetz bereitet Auslegungsschwierigkeiten. Unter anderem ist die dogmatische Erfassung des "eigenen Verschuldens" ungeklärt[212]. Ebenso sind die Grundlagen der Schadensverteilung bei mitwirkendem Verschulden noch unbestimmt. "It would be misleading", wird dazu gesagt[213], "to place the whole emphasis on 'fault' as it would be to place it on 'causation'. The court must also consider a third factor - namely, what is 'just and equitable'"[214].

---

207) Jenk's English Civil Law, 4. Aufl. herausgegeben von P.H. Winfield, Bd. 1, London 1947, p.470 f.
208) Heuston/Salmond, a.a.O. p.463.
209) Pollock, a.a.O. p.354.
210) Heuston/Salmond, a.a.O. p.463.
211) Zitiert nach Chapman, Statutes on the Law of Torts, London 1962, p.19. - Vgl. dazu auch Clerk-Lindsell on Torts, 12. Aufl., London 1961, p.805 ff. und J. Charlesworth, Charlesworth on Negligence, 3. Aufl., London 1956, p.507 ff.
212) Vgl. Esser, Rezension von Williams, a.a.O. p.754.
213) Heuston/Salmond, a.a.O. p.465.
214) Ebd.

Vernachlässigt man die Fortwirkungen des Common Law, so kann vom heutigen englischen Recht im Prinzip gesagt werden, daß es sich im wesentlichen den kontinentalen Lösungen angeglichen hat.

ZWEITER TEIL

Vergleichende Gegenüberstellung von allgemeinen und speziellen Anwendungsfällen des Prinzips der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens

1. KAPITEL

Mitverschulden im Vertragsrecht

1. Abschnitt

Mitverschuldensberücksichtigung im allgemeinen Vertragsrecht

##. DAS DEUTSCHE RECHT

§ 254 BGB hat unmittelbare Geltung für sämtliche schuldrechtlichen Verträge. Das deutsche Recht ist bei der Normierung des Mitverschuldens - wie sich aus der Stellung der Bestimmung im Gesetz ergibt - speziell vom vertraglichen Schuldverhältnis ausgegangen. Insoweit stellt § 254 BGB innerhalb des Vertragsrechts eine Generalklausel dar, deren Anwendung auf den konkreten Einzelfall[215] ohne besondere dogmatische Schwierigkeiten möglich ist. Innerhalb

---

215) Immerhin ergeben sich bis zu einem gewissen Grad auch im Vertragsrecht Schwierigkeiten, die teilweise schon innerhalb dieses relativ engen Anwendungsbereiches eine Ausweitung des in § 254 BGB normierten Mitverschuldensprinzips verlangen, nämlich dann, wenn der bestehende Anspruch kein oder kein reiner Schadensersatzanspruch ist.

eines Vertrages kann daher grundsätzlich der Haftende dem Geschädigten gegenüber geltend machen, daß dessen zurechenbares Mitverursachen bereits den Anspruchsgrund - also nicht nur dessen Höhe - negativ beeinflußt[216]). Der Haftungserfolg entfällt dann nach Maßgabe der Stärke des Mitverschuldens[217]). Insoweit bestehen von der Themenstellung her keine allzu großen Schwierigkeiten. Im folgenden sollen einige Fälle erörtert werden, in denen innerhalb des Vertragsrechts Unschlüssigkeiten bei der Anwendung des § 254 BGB entstehen können.

1. Ist § 254 BGB in den Fällen des Verschuldens beim Vertragsschluß anzuwenden?

Das Reichsgericht hat früh erkannt[218]), daß der Anwendung des § 254 BGB auf Fälle der culpa in contrahendo nicht nur nichts entgegensteht, sondern, daß sie sogar unbedingt geboten ist. In der Tat ist es in diesen Fällen nicht einmal notwendig, irgendwelche grundsätzlichen Argumente heranzuziehen, es genügt allein, wenn vom Wortlaut des § 254 BGB ausgegangen wird; ist es doch herrschende Meinung, daß sich bereits in der Vorstufe des zu schließenden Vertrages vertragliche Schadensersatzansprüche ergeben können[219]). Wenn auch die erstgenannte Entscheidung des Reichsgerichts heftig angegriffen worden ist[220]), so besteht heute doch Einmütigkeit darin, daß § 254 BGB auf die Ansprüche aus Verschulden beim Vertragsschluß unbeschränkt anwendbar ist[221]). Das Bürgerliche Gesetzbuch hat selbst bereits in Einzelfällen das Verschulden beim Vertragsschluß berücksichtigt. Es handelt sich dabei vor allem um die Regelungen der §§ 122, 179 und 307 BGB[222]).

§ 122 Abs. II BGB bestimmt, daß die Schadensersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte). Gleicherweise besagt § 179 Abs. III S. 1 BGB, daß der falsus procurator dann nicht haftet, wenn der

---

216) Vgl. Esser, Schuldrecht, p.276.

217) Ebd. 218) RGZ 97, 336 (339); 104, 265 (267).

219) Statt aller: Esser, Schuldrecht, p.31 ff. (33).

220) Richter, Schadensersatz bei Verschulden gelegentlich der Vertragsverhandlungen, JW 1921, 664 (665).

221) Vgl. RGZ 114, 155 (160); 151, 357; BAG NJW 1957, 1332; OLG Celle NdsRpfl 1949, 214 f.; Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl. Berlin 1910, Bem. 3a zu § 254; Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. 13 zu § 254.

222) Vgl. Blomeyer, a.a.O. p.54.

andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte. Schließlich wird die Ersatzpflicht nach § 307 Abs. I S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß.

Hervorstechendste Gemeinsamkeit aller dieser genannten Bestimmungen ist, daß das Gesetz dem Verhalten des Geschädigten - wie in § 254 BGB - eine Bedeutung für seinen Ersatzanspruch beimißt. Entgegen der Vorschrift des § 254 BGB scheidet jedoch ein Abwägen der überwiegenden Verursachung und der sonstigen Umstände, die zum Schadenseintritt geführt haben mögen, aus. Das Gesetz bestimmt für diese Fälle eindeutig, daß für das Abwägen kein Raum ist, sondern daß der Geschädigte seines Ersatzanspruches von vornherein verlustig gehen muß [223]). Die erwähnten Vorschriften, die sich gleichzeitig als Spezialfälle der culpa in contrahendo darstellen, berücksichtigen das beim Schadenseintritt mitwirkende Verhalten des Geschädigten, normieren jedoch im Gegensatz zu § 254 BGB eine starre Haftungsfolge. In diesen Fällen ist der Grundsatz des § 254 BGB zugunsten des Schädigers erweitert worden [224]). Sonach bringen die §§ 122, 179 und 307 BGB eine spezialgesetzliche Ausgestaltung des Prinzips der Berücksichtigung des Mitverschuldens für diese Einzelhaftungstatbestände. Mit Recht wird aus diesen Erwägungen heraus die Anwendbarkeit der Generalklausel des § 254 BGB verneint [225]).

2. Mitwirkendes Verschulden bei Leistungsstörungen

a) Verschuldete Unmöglichkeit

§§ 280 BGB gibt dem Gläubiger das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn dem Schuldner die Leistung schuldhaft unmöglich geworden ist. Es liegt auf der Hand, daß der Gläubiger (Geschädigter) bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt haben kann, man denke nur an die Unterlassungspflichten aus § 254 Abs. II BGB [226]). Keine Bedenken bestehen, dieses Mitverschulden im Rahmen des § 254 BGB zu berücksichtigen. Nichts anderes kann innerhalb des gegenseitigen Vertrags, also bei Anwendung des § 325 BGB

---

223) Für den Fall, daß der Geschädigte den Irrtum bei § 122 mitveranlaßt hat, ist § 254 BGB anwendbar, vgl. Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 8. Aufl., Berlin 1954, p. 252 mit weiteren Hinweisen.

224) So Gottschalk, a.a.O. p. 111 ff. mit ausführlicher Begründung.

225) Vgl. RGZ 151, 357; Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. 13 zu § 254.

226) Gottschalk, a.a.O. p. 107 mit weiterem Hinweis.

gelten, da im Grunde § 325 BGB den § 280 BGB für die Leistung voraussetzt. Auch hier ist deshalb § 254 BGB anwendbar[227]). Problematisch wird es jedoch, wenn der Berechtigte, anstatt Schadensersatz zu fordern, vom Vertrag zurücktritt. Streng genommen scheitert die Anwendbarkeit des § 254 BGB daran, daß er eben seinem Wortlaut nach einen Schadensersatzanspruch voraussetzt, das Rücktrittsrecht aber keinen Schadensersatzanspruch darstellt. Erfolgt der Rücktritt wegen einer von beiden Vertragsteilen "mit"-verschuldeten Unmöglichkeit nach § 325 BGB, so erlaubt die herrschende Lehre und Rechtsprechung die Berücksichtigung des Mitverschuldens in analoger Anwendung des § 254 BGB[228]) Das ist richtig, denn da nach § 325 BGB eine Wahlmöglichkeit besteht, wäre es ein unhaltbares Ergebnis, könnte man lediglich bei der Wahl des Schadensersatzes, nicht aber bei der Wahl des Rücktritts, das mitwirkende Verschulden berücksichtigen. Die Ausweitung der Generalklausel des § 254 BGB auf andere als Schadensersatzansprüche wird damit begründet, daß es sich hier um Fälle handle, bei denen das Verschulden zweier Personen gegeneinander abzuwägen sei[229]). Ob diese Ausdehnung mit der sonst strengen ständigen Rechtsprechung vereinbar ist, wonach aus § 254 BGB kein allgemeiner Rechtssatz abgeleitet werden dürfe, nach dem jedes Rechtsfolgen auslösende Verschulden durch ein mitwirkendes Verschulden des "andern", also nicht schlechterdings des "Geschädigten", gemindert oder entkräftet werde[230]), wird später bei der Problematik des Kompensationsprinzips im Bereicherungsrecht[231]) noch eingehend untersucht werden.

b) Schuldnerverzug

Soweit § 286 BGB zur Anwendung gelangt, ist die Rechtslage schon durch die Tatsache, daß es sich wieder um einen regulären Schadensersatzanspruch handelt, einfach. Es wird allgemein anerkannt, daß auch hier ein mitwirkendes Verschulden denkbar ist[232]). Für den gegenseitigen Vertrag, wo wiederum nach § 326 BGB ein Schadensersatzanspruch oder der Rücktritt vom Vertrage zur Wahl steht, gelten die gleichen Grundsätze, wie sie oben zu § 325 BGB

---

227) RG JW 1904, 55; Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. 12 zu § 254; vgl. aber BGH NJW 1957, 217.

228) RGZ 71, 187 (191); 94, 140 f.; Enneccerus-Lehmann, 13. Bearbeitung, p.76; Schmidt, a.a.O. p.174.

229) Enneccerus-Lehmann, 13. Bearbeitung, p.76.

230) Ebd. und die dort zitierten Entscheidungen.

231) S.u. p. 129 ff.

232) Wussow, a.a.O. p.402 (RNr. 803); Gottschalk, a.a.O. p.107 f.

erläutert worden sind mit der Folge, daß auch hier beim Rücktritt in analoger Anwendung des § 254 BGB das Mitverschulden des anderen Teils berücksichtigt wird [233].

c) Sonstige schuldhafte Forderungsverletzung

Als Rechtsgrundlage der Haftung für die positive Forderungsverletzung [234] wird heute überwiegend die Rechtsanalogie zu den §§ 280, 286 BGB angenommen [235]. Die Rechtfertigung dafür wird aus § 242 BGB gewonnen [236]. Teilweise begnügt man sich mit dem Hinweis auf Gewohnheitsrecht [237]. Auf jeden Fall müssen für die Berücksichtigung des Mitverschuldens die gleichen Regeln gelten, wie bei den anderen Leistungsstörungen. Folgt man der erstgenannten Auffassung, so ergibt sich die Mitverschuldensberücksichtigung aus der analogen Anwendung der oben im einzelnen erörterten Bestimmungen; schließt man sich der Theorie des "Gewohnheitsrechts" an, muß die Berücksichtigung des Mitverschuldens ebenfalls auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage bejaht werden.

II. DAS SCHWEIZERISCHE RECHT

Wie schon im ersten Teil dieser Untersuchung hervorgehoben wurde [238], geht das schweizerische Recht bei der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens von der unerlaubten Handlung aus. Nach Art. 99 OR finden jedoch die Bestimmungen über das Maß der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertrags-

---

233) Vgl. Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. 12 zu § 254; Gottschalk, a.a.O. p. 107 f.

234) Besser wäre der Ausdruck "sonstige schuldhafte Forderungsverletzung", da es sich hier um Forderungsverletzungen durch Tun oder Unterlassen handelt, die weder Unmöglichkeit noch Verzug bedeuten.

235) So die ständige Rechtsprechung, statt aller: BGHZ 11, 80 (83).

236) Esser, Schuldrecht, p. 345; BGHZ 11, 80 (84).

237) So teilweise die neuere Literatur, vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München-Berlin 1960, p. 237; Schmidt, in Soergel-Siebert, a.a.O. Vorbem. 38 vor § 275; Götz, Obliegenheiten und positive Forderungsverletzung - Rezension zu BGHZ 11, 80, JuS 1961, 56 (57).

238) S.o. p. 30 f.

widrige Verhalten entsprechende Anwendung. Niemand zweifelt daran, daß mit dieser Verweisung auch Art. 44 OR erfaßt wird[239].

1. Mitverschulden bei der culpa in contrahendo

Die frühere Lehre[240] und zum Teil auch die Rechtsprechung[241] vertraten die Auffassung, daß bei Vorliegen eines Verschuldens beim Vertragsschlusse der Grundsatz des mitwirkenden Verschuldens keine Berücksichtigung finden könne. Diese Meinung läßt sich heute nicht mehr aufrechterhalten; das ergibt sich bereits aus der Tatsache, daß bei der Festsetzung der Irrtumsfolgen (Art. 26 Abs. I OR) die Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens anerkannt worden ist[242]. Eine Gleichstellung mit dem deutschen Recht besteht nunmehr auch bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht: "Der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse entfällt, wenn der Dritte den Mangel der Vollmacht kannte oder hätte kennen sollen"[243]. Das deutsche Recht läßt es dabei bewenden. Die abschließende Spezialregelung des § 179 Abs. III S. 1 BGB ist demgegenüber in der Schweiz nicht anerkannt. Scheidet bei der Haftung des falsus procurator nach § 179 BGB die Anwendung des § 254 BGB aus, so kann im schweizerischen Recht "bei Mitverschulden des Dritten .... der Ersatz auch reduziert werden"[244].

2. Die Leistungsstörungen

Das schweizerische Recht besitzt in Art. 97 ff. OR für die verschuldete Nicht-

---

239) Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 14 zu Art. 99; Häberlin, a.a.O. p.86; Oftinger, a.a.O. p.137; für die frühere Zeit seien erwähnt: Schneider-Fick, Das schweizerische Obligationenrecht mit allgemeinfaßlichen Erläuterungen, 2. Aufl. der größeren Ausgabe, Zürich 1896, p.234 (Nr. 4 zu Art. 110 OR); Guhl, Untersuchungen, p.116; außerdem die in Fußn. 119 zitierte Literatur.

240) Vgl. Schneider-Fick, a.a.O. p.142 (Nr. 17 zu Art. 51 OR).

241) Obergericht Zürich, Handelsrechtliche Entscheidungen, Bd. VI, p.331; a.A. Obergericht Zürich, Rechenschaftsbericht des Obergerichts 1889, Nr.35.

242) Oftinger, a.a.O. p.137.

243) Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm.15 zu Art. 39.

244) BGE 27 II 210; dieser Entscheidung folgend: Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm.15 zu Art. 39.

erfüllung, zu der gleich die nicht gehörige Erfüllung hinzugenommen worden ist, dieselbe Rechtsfolgenregelung wie das Bürgerliche Gesetzbuch. Demnach hat der Gläubiger einer Verbindlichkeit die Wahlmöglichkeit zwischen der Klage auf Erfüllung, dem Anspruch auf Schadensersatz und beim gegenseitigen Vertrag dem Rücktrittsrecht [245]). Für die Anwendung des Art. 44 OR über Art. 99 Abs. III OR ergeben sich, soweit es um die Verpflichtung zum Schadensersatz geht, keine Besonderheiten. Über die Frage, ob bei Ausübung des Rücktrittsrechts Art. 44 OR angewendet werden kann, ließ sich im schweizerischen Recht nichts finden. Der Schuldnerverzug ist in den Art. 102 ff. OR geregelt. Für die sich aus den Art. 103 und 107 Abs. II OR ergebenden Schadensersatzansprüche findet Art. 44 OR in Verbindung mit Art. 99 Abs. III OR Anwendung [246]).

III. DAS FRANZÖSISCHE RECHT

Obwohl das französische Recht für die Anwendung des Kompensationsprinzips infolge der gewohnheitsrechtlichen Entwicklung dieses Instituts den denkbar größten Spielraum bietet, herrschte lange Zeit ein erbitterter Meinungsstreit darüber, ob das mitwirkende Verschulden auch im Bereich vertraglicher Schadenszufügung berücksichtigt werden könne. Jenen Autoren, die sich für die Anwendung des Kompensationsprinzips im Vertragsrecht einsetzten, stand eine andere Gruppe gegenüber, die der Generalklausel ausschließlich im Bereich der deliktischen Haftung, bei der unerlaubten Handlung, Bedeutung zuerkannte [247]). Die einzige Begründung, die dafür gegeben wird, ist ein Hinweis auf

---

245) Die gute Regelung des Art. 97 Abs. I OR macht die Konstruktion einer sonstigen schuldhaften Forderungsverletzung im schweizerischen Recht überflüssig.

Die Bestimmung lautet: "Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last falle."

Vgl. zur Regelung der Leistungsstörungen im einzelnen Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Vorbem. vor Art. 97.

246) Vgl. Häberlin, a.a.O. p. 86.

247) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. IV, 5^{e} éd., Paris 1897 - 1949, Fußn. 31 von § 308. In der 6. Auflage hat Esmein, der das Werk

die strikte Unterscheidung von Delikts- und Vertragsrecht[248]). Es wird aber nicht erklärt, warum gerade hier eine solch scharfe Trennung vorgenommen wird. Im Laufe der Zeit wurde eingesehen, und es wird auch heute immer wieder betont, daß für eine derartige Unterscheidung zwischen dem Recht der unerlaubten Handlung und dem Vertragsrecht kein vernünftiger Grund besteht[249]); es gelang aber nicht, diese Meinungsverschiedenheiten schnell und direkt zu lösen. Unter Hinweis auf art. 1599 C.c.[250]), der in einem Falle beiderseitigen Verschuldens die Haftung ausschließt, wurde versucht, eine abstrakte und generelle Lösung für vertragliche Ansprüche zu finden[251]), ein Unterfangen, das von vornherein als sehr zweifelhaft angesehen wurde. Eingehende Untersuchung wurde dem Problem durch Baroncea[252]) zuteil. Aus seinen Darlegungen wird die übergeordnete Funktion des Prinzips der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens deutlich. Für die Rechtsordnung ist damit der entscheidendste Schritt zur Bewertung des Kompensationsprinzips getan. Baroncea gewinnt die Formel: "On prend en considération, néanmoins, la faute contre soi-même commise dans le domaine délictuel, en vertu des principes généraux, qui commandent une attitude loyale et prudente de la part de chacun. On fait intervenir aussi une idée morale, celle de la solidarité humaine caractérisant les rapports sociaux actuels"[253]). Letzte Ursache und Rechtfertigung solcher Folgerung ist eine höhere Idee: die "solidarité sociale"[254]).

---

fortführt, a.a.O. p.151, die frühere Meinung aufgegeben. Vgl. Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.439 (nº 1457) mit weiteren Hinweisen.

248) Vgl. die Hinweise in der vorausgehenden Fußnote.

249) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.439 (nº 1457); Josserand, Cours de droit civil positif français, t. II, 2e éd., Paris 1933, p.349 (nº 636); Demogue a.a.O., t. VI, p.374 (nº 343).

250) Art. 1599 C.c. lautet: "La vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui."

251) Vgl. Demogue, a.a.O., t. VI, p.374 ff. (nº 343) mit weiterem Hinweis.

252) Baroncea, Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur en matière contractuelle), Paris 1930.

253) Baroncea, a.a.O. p.59 (nº 21), Hervorhebungen vom Verfasser.

254) So Baroncea, a.a.O. p.250 f. mit weiterem Hinweis.

1. Kenntnis und fahrlässige Nichtkenntnis schadensbegründender Umstände beim Vertragsschluß

Es handelt sich um jene Fälle, die im deutschen Recht teilweise eine spezialgesetzliche Ausgestaltung hinsichtlich des Kompensationsprinzips erfahren haben (z.B. die oben untersuchten §§ 122, 179 und 307 BGB[255]). Es wurde gezeigt, daß diese Fälle im deutschen Recht eine Anwendung des § 254 BGB verbieten, weil eine über die Regelung dieser Bestimmung hinausgehende totale und generelle Verweigerung des Schadensersatzes vom Gesetz geboten wird. Die französische Rechtspraxis beurteilt derartige Fälle genau so: ein Gläubiger, der seinem Schuldner Nichterfüllung oder Schlechterfüllung eines Vertrages vorwirft, hat keinen Schadensersatzanspruch, wenn er die Möglichkeit dieser Vertragsverletzung gekannt hat oder hätte kennen müssen[256]. Es ist erstaunlich, daß die Formulierung der französischen Lehre nahezu wörtlich mit den genannten deutschen Normen übereinstimmt; bemerkenswert ist dabei allerdings, daß im französischen Recht diese Spezialregelung allgemeiner gehalten ist als in Deutschland. Während das deutsche Recht jeweils besonders deklariert, welcher Umstand oder welche Tatsache für die Kenntnis oder die fahrlässige Nichtkenntnis des Gläubigers wesentlich ist, bezieht sich das durch "Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis" charakterisierte Verschulden im französischen Recht ganz allgemein auf den möglichen Schadenseintritt.

2. Die Leistungsstörungen

Entsprechend den aufgestellten Grundsätzen führt mitwirkendes Verschulden bei mangelhafter oder Nicht-Erfüllung einer vertraglich obliegenden Pflicht zu folgenden Lösungen:

> Ist der Gläubiger allein für die Nichterfüllung oder Schlechterfüllung verantwortlich, oder besser: ist die Leistungsstörung einzig und allein dem Gläubiger zurechenbar, dann fällt jeder Schadensersatzanspruch weg.
>
> Liegt beiderseitiges Mitverschulden vor, dann wird nach allgemeinen Regeln die Ersatzverpflichtung in dem Maße geteilt, in welchem das schadenstiftende Zusammenwirken beider Vertragsteile erfolgt ist[257].

---

255) S.o. p. 52 f.

256) Baroncea, a.a.O. p.35 (n° 13).

257) Vgl. Josserand, a.a.O. p.349 (n° 636).

Dem deutschen Recht völlig entgegengesetzt verlief die Entwicklung zu diesem heute so selbstverständlichen Rechtssatz. Die Häufung der beiden "Verschulden" von Gläubiger und Schuldner in einem Vertrag wurde ursprünglich als sehr selten angesehen. Die entscheidende Wendung dieser Ansicht brachte ein Urteil im Jahre 1926 für das Gebiet der Personenbeförderung [258]: der Unternehmer hat die Reisenden sicher zu befördern; er kann nur dann von der Haftung befreit sein, wenn er beweist, daß der Unfall zufällig, durch die Schuld eines Dritten oder aber durch Verschulden des Reisenden selbst eingetreten ist. Diese Regel ist streng. Tritt nun der Fall ein, daß die beförderte Person offensichtlich ihren Schaden selbst verursachte, indem sie beispielsweise auf einen fahrenden Zug aufsprang, der Unternehmer jedoch nicht diejenigen zumutbaren Vorsichtsmaßregeln traf, die solches Verhalten des Reisenden verhindern konnten, dann läßt die Rechtsprechung die Teilung der Ersatzverpflichtung zu. Der angeführte Sachverhalt und seine Entscheidung zeigten, daß das mitwirkende Verschulden auch im vertraglichen Bereich und zwar innerhalb der Leistungsstörungen sehr häufig auftreten kann: das abstrakte rechtliche Bedürfnis nach Berücksichtigung des Mitverschuldens des Gläubigers wurde auf Grund dieser Erkenntnis zu einer konkreten, am Einzelfall demonstrierbaren Forderung [259].

2. Abschnitt

Mitwirkendes Verschulden im Einzelvertragsrecht

Nachdem der Einfluß des Mitverschuldens auf die allgemeinen, für jeden Vertrag gleichartig geltenden Ansprüche untersucht worden ist, sollen im folgenden einzelne, nur dem besonderen Vertragstyp eigene Ansprüche und Anspruchsgruppen in ihrer Stellung zum Mitverschulden kritisch betrachtet werden.

---

258) Paris 3 juin 1926, D. H. 1926.368.

259) Vgl. Goyet, a.a.O., La semaine législative et judiciaire, 1926, 100 (110), Fußn. 1; Haller, a.a.O. p.34 f.

II. DAS DEUTSCHE RECHT

1. Mitverschulden im Kaufrecht

a) Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängeln

Die herrschende Meinung anerkennt, daß auch im Bereich der Sachmängelhaftung das mitwirkende Verschulden des Geschädigten berücksichtigt werden kann. Der Bundesgerichtshof beachtete bei einem gutgläubigen Käufer einer dem Eigentümer abhanden gekommenen Sache das Mitverschulden des Käufers, der es unterlassen hatte, Ansprüche auf Ersatz ihm bekannter Verwendungen des Verkäufers vorzubehalten [260]). Für den Wandelungsanspruch ist die Differenzierung nicht einfach: der Grundsatz, daß § 254 BGB seinem Wortlaut nach nur auf Schadensersatzansprüche zutrifft [261]), brachte naturgemäß für den Wandelungsanspruch ein besonderes Problem. Der Wandelungsanspruch ist kein Schadensersatzanspruch; er enthält das Recht, die Rückgängigmachung des Kaufvertrages zu erzwingen. Haben die Traditionsakte hinsichtlich des Kaufgegenstandes einerseits und hinsichtlich des Kaufpreises andererseits stattgefunden, so erfolgt die Durchführung der Wandelung durch Rückgabe des beiderseitig Erlangten. Nach herrschender Meinung ist § 254 BGB auf den einmal bestehenden Wandelungsanspruch nicht anwendbar, sondern nur für das Vorstadium der Prüfung, ob der Gewährleistungsanspruch besteht oder nicht und für das Schlußstadium der Wandelungsdurchführung, soweit hier mögliche Schadensersatzansprüche entstanden sind [262]) (§§ 347, 987 ff. BGB), heranzuziehen. Die eben erwähnte zweite Alternative bringt keinerlei Probleme: es handelt sich um Schadensersatzansprüche aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis. Dagegen erscheint die beschränkte Anwendbarkeit auf die Prüfung, ob ein Wandelungsanspruch besteht oder nicht, doch sehr bedenklich. Unterläßt zum Beispiel der Käufer einer verderblichen Ware den gebotenen Notverkauf [263]), so ergibt die Vorprüfung, daß der Wandelungsanspruch nicht besteht. Diese Mitverschuldensberücksichtigung führt aber - ohne gesetzliche Spezialbestimmung - immer zu dem von § 254 BGB mißbilligten "Alles-oder-Nichts-Prinzip". Sollte in solchen Fällen keine Abwägung stattfinden dürfen? Sie wäre zumindest in Gestalt des im schweizerischen Recht inzwischen anerkannten "Rückforderungsschadens" [264]) denkbar und praktikabel. Auch die eingangs zitierte Entscheidung

---

260) BGH LM Nr. 6 (Dc) zu § 254 BGB.

261) S.o. p. 19.

262) Vgl. dazu Staudinger-Ostler, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Bd. II, 2. Teil, Berlin 1955, Anm. 9 zu § 467.

263) Das Beispiel ist entnommen aus Esser, Schuldrecht, p.494.

264) S.u. p.135 f.

des Bundesgerichtshofes zeigt die Tendenz zu einer weitergehenden Anwendbarkeit des § 254 BGB im Gewährleistungsrecht wegen Sachmängeln.

Eine Spezialregelung des Prinzips der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens bringt § 460 BGB. Satz 1 der Bestimmung betrifft die positive Kenntnis des Käufers vom Sachmangel beim Abschluß des Kaufvertrages und stellt insoweit auch einen Fall der culpa in contrahendo dar. Die Folge dieser Kenntnis ist ein genereller Haftungsausschluß für den Verkäufer. Eine Abwägung im Sinne von § 254 BGB kann nicht erfolgen, die speziellere Regelung schließt die Anwendung der Generalklausel aus[265].

§ 460 S. 2 BGB bringt mit gewissen, hier nicht interessierenden, Modifikationen die gleiche Lösung für den Fall, daß der Käufer den Sachmangel grobfahrlässig beim Vertragsschluß nicht kannte. Auch hier scheidet § 254 BGB aus[266].

Offen geblieben ist lediglich die Frage, was geschieht, wenn der Käufer den Sachmangel infolge leichter Fahrlässigkeit nicht gekannt hat. Da das Problem bei § 439 Abs. I BGB dasselbe, jedoch noch schwerwiegender ist, wird zur Lösung der angeschnittenen Frage auf den folgenden Untertitel verwiesen.

b) Gewährleistungsansprüche wegen Rechtsmängeln

In diesem Bereich der Gewährleistungsansprüche scheidet § 254 BGB wegen der Spezialnorm des § 439 Abs. I BGB aus. Auch hier handelt es sich wie bei § 460 BGB um einen generellen Haftungsausschluß zugunsten des Verkäufers. Der Käufer, der sich in Kenntnis des Rechtsmangels zum Abschluß des Vertrages bereit findet, bedarf keines Schutzes gegen künftigen, aus dem Rechtsmangel entstehenden Schaden. Nach dem klaren Wortlaut des § 439 Abs. I BGB genügt fahrlässige - gleichgültig ob grobfahrlässige oder leichtfahrlässige - Unkenntnis nicht; nur positive Kenntnis bewirkt den Haftungsausschluß. Die herrschende Meinung folgert daraus, daß die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis nicht auf dem Wege über § 254 BGB der positiven Kenntnis gleichgestellt werden dürfe[267]. Sicherlich kann von einer Gleichstellung keine Rede sein. § 254 BGB läßt die Abwägung des beiderseitigen Gesamtverhaltens zu. § 439 Abs. I BGB normiert für den Fall positiver Kenntnis des Rechtsmangels den Ausschluß der

---

265) Es handelt sich um eine Parallele zu den bereits behandelten §§ 122, 179 und 307 BGB.

266) Staudinger-Ostler, a.a.O. Anm. 21a zu § 460.

267) Vgl. OLG Hamburg MDR 1954, 298; Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. A 14 zu § 254; Staudinger-Ostler, a.a.O. Anm. 4 zu § 439 mit weiterem Hinweis.

Abwägungsfreiheit. Wenn also § 439 Abs. I BGB die Frage offen läßt, was zu geschehen hat, wenn die Unkenntnis fahrlässig bestanden hat, so soll damit für diesen Fall nur gesagt sein, daß ein genereller Haftungsausschluß nicht in Betracht kommt, nicht dagegen, ob auch eine Abwägung nach § 254 BGB ausgeschlossen ist. Die Spezialregelung erfaßt insoweit nur den extremsten Fall des mitwirkenden Verschuldens. Für die fahrlässige Nichtkenntnis des Rechtsmangels muß daher die allgemeine Regelung der Generalklausel des § 254 BGB eingreifen. Diese Folgerung wird unterstützt von § 440 Abs. I BGB, der für die Rechte des Käufers einer mit Rechtsmängeln behafteten Sache auf die §§ 320 bis 327 BGB, also auch auf § 325 BGB verweist. Für § 325 BGB wurde aber bereits oben[268] die Anwendbarkeit des § 254 BGB bejaht.

2. Mitverschulden im Miet- und Pachtrecht

Es bedarf keines besonderen Hinweises darauf, daß der Vermieter dem in § 538 BGB normierten Schadensersatzanspruch des Mieters dessen mitwirkendes Verschulden entgegensetzen kann[269]. Auch die Tatsache, daß in vielen Fällen nicht der Mieter einer Wohnung (§ 580 BGB) selbst, sondern eines seiner bei ihm wohnenden Angehörigen den Schaden mitverursacht hat, bringt keine besondere Schwierigkeit. Nach allgemeiner Meinung handelt es sich bezüglich der beim Mieter wohnenden Angehörigen um einen berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter. Deshalb kann eine analoge Anwendung des in § 846 BGB zum Ausdruck gekommenen Gedankens erfolgen[270]. Eine der Regelung beim Kauf entsprechende Spezialnorm bei Kenntnis des Mangels der Kauf- bzw. Mietsache bringt § 539 BGB. Auch hier handelt es sich wiederum um eine Spezialkorrektur der Haftungsnorm bei mitwirkendem Verschulden. Soweit sie zur Anwendung gelangen kann, scheidet § 254 BGB als generelle Vorschrift aus.

Für das Pachtrecht verweist § 581 Abs. II BGB auf die Mietvorschriften, so daß hier nichts anderes gilt.

---

268) S.o. p. 54.

269) Vgl. R. und R. Geigel, Der Haftpflichtprozeß mit Einschluß des materiellen Haftpflichtrechts, 8. Aufl., München-Berlin 1956, p. 425; LG Oldenburg VersR 1955, 495.

270) Vgl. RGZ 81, 214 (215); OLG Breslau JW 1930, 3243; BGHZ 9, 316 (318); BGH VersR 1956, 500; Wussow, a.a.O. p. 327 (RNr 684).

3. Mitverschulden im Arbeitsvertrag

Schwierigkeiten bereitet für die Anwendung des § 254 BGB das Arbeitsverhältnis wegen seines besonderen Inhalts und seiner starken Personenbezogenheit. Fürsorge- und Treuepflicht greifen ineinander. Die Persönlichkeitsbindung schafft gegenüber den Umsatz- und Überlassungsverträgen eine neue Problematik. Zwar handelt es sich letztlich auch beim Arbeitsvertrag um ein Austauschverhältnis; dieses wird jedoch von der Sozialbindung der Beteiligten überlagert. Materielles Interesse und persönliche Verantwortung prägen inhaltlich das Arbeitsverhältnis. Der im Bürgerlichen Gesetzbuch sehr individuell gestaltete Dienstvertrag wird zwangsläufig dementsprechend modifiziert, er wird an eine soziale Ordnung gebunden und in besonders starkem Maße mit wechselseitiger Verantwortung, der das Einzelinteresse unterzuordnen ist, belastet. Deutliche Zeichen dafür sind die Prinzipien der Verteilung der sogenannten Betriebsgefahr oder das Rechtsinstitut der "gefahrgeneigten Arbeit". Diese bedeutsame Verschiedenheit zwischen Arbeitsverträgen und anderen schuldrechtlichen Verträgen berechtigt zu der Frage, ob das Mitverschulden in Arbeitsverhältnissen berücksichtigt werden kann.

Wird der Arbeitnehmer geschädigt und hat er zu dem Schadenseintritt bzw. der Schadensvergrößerung selbst beigetragen, so ist zu bedenken, ob der Arbeitgeber in jedem Falle dieses mitwirkende Verschulden erfolgreich geltend machen kann. Wird dem Arbeitnehmer beispielsweise eine besonders gefahrbehaftete Arbeit übertragen und verursacht er bei Ausführung dieser Arbeit schuldhaft einen Schaden mit, so wird man in erster Linie zu untersuchen haben, ob diese Mitverursachung noch in den Rahmen des besonderen und typischen Betriebsrisikos des Arbeitgebers gehört[271]). Zu diesem Bereich zählen insbesondere jene Fälle, in denen der Arbeitnehmer bei Schädigung eines außenstehenden Dritten einen Freistellungsanspruch hätte. Man könnte demzufolge bei mitwirkendem Verschulden innerhalb gefahrgeneigter Arbeit von einem "Freistellungsanspruch vom mitwirkenden Verschulden" reden. Verfolgt man diesen Gedanken, so nähert man sich der vom Bundesgerichtshof angedeuteten Ansicht, daß nicht in jedem Falle das mitwirkende Verschulden des Arbeitnehmers bei einem Unfall von vornherein nicht zu berücksichtigen sei[272]). Es wird vielmehr, ähnlich wie beim Freistellungsanspruch innerhalb des typischen Betriebsrisikos, auf die Schwere des Verschuldens des Arbeitnehmers ankommen, so daß

271) Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. 19 zu § 254.
272) BGHZ 16, 111 (116) mit weiteren Nachweisen.

in der Regel bei grobem Verschulden des Arbeitnehmers die Anwendbarkeit der Grundsätze des § 254 BGB möglich ist[273].

Heftig umstritten ist die Frage, ob der Arbeitgeber, der, durch das Verhalten des Arbeitnehmers veranlaßt, eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung ausspricht, dem auf § 615 BGB gestützten Anspruch des Arbeitnehmers dessen mitwirkendes Verschulden entgegenhalten kann. Sicherlich ist Satz 2 der genannten Bestimmung eine spezialgesetzliche Ausgestaltung des Kompensationsprinzips für den Fall böswillig unterlassener Schadensminderung. Es ist aber zu prüfen, ob § 254 BGB bereits auf die "Schadensentstehung" angewendet werden kann, da hierfür § 615 S. 2 BGB keine Regelung trifft. Sehr zweifelhaft ist, ob es sich in § 615 S. 1 BGB um einen Schadensersatzanspruch im Sinne von § 254 BGB handelt[274]. Der Arbeitnehmer, der das auf § 615 BGB gestützte Verlangen an den Arbeitgeber richtet, macht letztlich keinen Schadensersatzanspruch, sondern einen Erfüllungsanspruch geltend. Die heute überwiegende Meinung hat sich der Ansicht Schminckes[275] nicht angeschlossen, der, gestützt auf eine Entscheidung des Reichsgerichts[276], eine analoge Anwendung des § 254 BGB für möglich hält, aus anderen Gründen jedoch zur Ablehnung einer Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens in diesem Falle gelangt. Man kann der herrschenden Meinung, welche die Berücksichtigung des Mitverschuldens im Bereiche des § 615 BGB ablehnt[277], zustimmen; insbesondere deshalb, weil der Erfüllungsanspruch grundverschieden ist von einem Schadensersatzanspruch und keine Relation zu denjenigen Nicht-Schadensersatzansprüchen besteht, wo eine analoge Anwendung des § 254 BGB gerechtfertigt erscheint.

§ 617 BGB bestimmt, daß der Dienstberechtigte, der den Verpflichteten in seine häusliche Gemeinschaft aufgenommen hat, Verpflegung und ärztliche Behandlung dann nicht zu gewähren braucht, wenn die Erkrankung vom Ver-

---

273) Vgl. BGHZ 16, 265 (274).

274) Vgl. dazu Schmincke, Arbeitsvertragsrecht: Analoge Anwendung des § 254 BGB auf Ansprüche aus fristloser Entlassung, Gew.u.KaufmG. 30, 479 ff. mit weiteren Hinweisen.

275) A.a.O. p.480. 276) RGZ 71, 187 (191).

277) RGZ 141, 287 (290); RAG HRR 1935, Nr. 360; Goebel, Mitwirkendes Verschulden des Angestellten bei unbegründeter Entlassung, Recht 1914, 102 f.; Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. 22 zu § 254.
A.A.: Bondi, Arbeitsvertragsrecht: Analoge Anwendung des § 254 BGB auf Ansprüche aus fristloser Entlassung, Gew.u.KaufmG. 30, 558; Kallee, Entsprechende Anwendung des § 254 BGB auf Ansprüche aus fristloser Entlassung, Gew.u.KaufmG 31, 413 ff.

pflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt wurde. Sobald der notwendige Grad des Verschuldens des eigenen Schadens in der Person des Verpflichteten gegeben ist, drängt diese Spezialregelung des Mitverschuldens die allgemeine Norm des § 254 BGB zurück. Eine Abwägung nach § 254 BGB ist somit nicht mehr möglich. Allerdings schließt sich die Frage an, was geschieht, wenn dem Verpflichteten nur leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt; da hierfür keine Regelung getroffen wurde, muß auf § 254 BGB zurückgegriffen werden[278].

Schließlich kann der Verpflichtete nach § 628 BGB im Falle berechtigter außerordentlicher Kündigung den Teil der Vergütung vom Dienstberechtigten fordern, der seinen bisher erbrachten Leistungen entspricht. Von vornherein ist das mitwirkende Verschulden in Gestalt der Schadensminderung entsprechend § 615 S. 2 BGB zu berücksichtigen[279]. Ob darüber hinaus innerhalb § 628 Abs. I S. 2 BGB eine Abwägung nach § 254 BGB stattfinden darf, erscheint zweifelhaft[280]. Die genannte Vorschrift deklariert unmißverständlich, daß dem Verpflichteten der Anspruch nicht zusteht, wenn bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die erbrachten Leistungen infolge der Kündigung für den Berechtigten ohne Interesse sind. Fehlt dieses Interesse, so bleibt, dem Wortlaut der Bestimmung entsprechend, kein Raum für eine Abwägung des beiderseitigen Verhaltens. Die Vorschrift ist eine spezielle Gestaltung des Kompensationsprinzips.

4. Mitverschulden im Werkvertrag

Soweit innerhalb des Werkvertrages eine Schadensersatzpflicht begründet ist, greift § 254 BGB unmittelbar ein. Dies gilt insbesondere für § 635 BGB; danach kann der Besteller des Werks vom Unternehmer dann Schadensersatz fordern, wenn der Mangel des Werks vom Unternehmer verschuldet ist. Die Höhe des Schadensersatzes kann nur unter Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens des Bestellers festgelegt werden[281].

Für den Wandelungsanspruch gilt hinsichtlich der Berücksichtigung des Mitverschuldens des Bestellers dasselbe wie beim Kaufvertrag[282]. Das ergibt sich schon daraus, daß § 634 Abs. IV BGB die entsprechenden Vorschriften des Kauf-

278) So mit Recht: Gottschalk, a.a.O. p. 113.

279) Vgl. Enneccerus-Lehmann, 14. Bearbeitung, p. 616, Fußn. 11.

280) Bejahend: Enneccerus-Lehmann, 14. Bearbeitung, p. 616.

281) Vgl. dazu Palandt-Gramm, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl., München Berlin 1956, Anm. 3 zu § 635.

282) S.o. p. 61 ff.

rechts für anwendbar erklärt.

II. DAS SCHWEIZERISCHE RECHT

1. Mitverschulden im Kaufrecht

Auch das schweizerische Kaufrecht unterscheidet zwischen Sach- und Rechtsmängeln innerhalb der Gewährleistungsansprüche. Wie im deutschen Recht finden sich eine Fülle von spezialgesetzlichen Ausgestaltungen des Kompensationsprinzips.

Zunächst bestimmt Art. 191 Abs. I OR: "Kommt der Verkäufer seiner Vertragspflicht nicht nach, so hat er den Schaden, der dem Käufer hieraus entsteht, zu ersetzen". Soweit diese Vorschrift angewendet wird, ist das mitwirkende Verschulden des Käufers auf Grund der Generalklausel des Art. 44 in Verbindung mit Art. 99 OR zu berücksichtigen[283].

Im Bereiche des Gewährleistungsrechts wegen Rechtsmängeln hebt Art. 192 Abs. II OR auf die Kenntnis der "Gefahr der Entwehrung" durch den Käufer im Zeitpunkt des Kaufabschlusses ab; liegt sie vor, so entfällt die Haftung des Verkäufers, falls er keine Garantie übernommen hat. Es stellt sich dasselbe Problem wie im deutschen Recht: Kann der positiven Kenntnis die fahrlässige Nichtkenntnis der Entwehrungsgefahr gleichgestellt werden? Teilweise wurde diese Frage im schweizerischen Recht bejaht[284]. Die Meinung konnte sich jedoch nicht durchsetzen und heute wird allgemein der Standpunkt der deutschen Rechtswissenschaft geteilt[285]. Allerdings äußert sich die schweizerische Rechtslehre nicht dazu, ob wenigstens mit Hilfe von Art. 44 OR ein Ausgleich zu erzielen wäre.

---

283) Vgl. Oser-Schönenberger, a.a.O., II. Teil, Anm. 4 zu Art. 191; ebenso Schultz, Über die Schadensberechnung beim Kauf, SJZ 14, 201 (203).

284) Vgl. den Hinweis bei Oser-Schönenberger, a.a.O., II. Teil, Anm. 15 zu Art. 192.

285) "Der Kenntnis ist ... das Kennensollen (die fahrlässige Unkenntnis) nicht gleichzustellen. Anders freilich, wenn der Käufer die gebotene Gelegenheit zur Kenntnisnahme wider Treu und Glauben vereitelt hat", so Oser-Schönenberger, a.a.O., II. Teil, Anm. 15 zu Art. 192 mit weiterem Hinweis.

Dem Art. 1640 C.c. ähnlich[286] stellt auch Art. 193 Abs. III OR[287] einen speziellen Fall der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens dar; unterläßt nämlich der Käufer im Eviktionsprozeß die Streitverkündung an den Verkäufer, so wird dieser von seiner Gewährleistungspflicht frei. Der Käufer verstößt gegen seine Verpflichtung, den Schuldner auf einen möglichen Schaden aufmerksam zu machen (§ 254 Abs. II BGB).

Im Bereiche der Sachmängelhaftung (Art. 197 ff. OR) stellt Art. 200 OR eine Spezialregelung des Prinzips der Berücksichtigung des Mitverschuldens bei positiver Kenntnis oder grobfahrlässiger Nichtkenntnis des Sachmangels[288] dar. Auch hier ist eine ausdehnende Anwendung der Vorschrift auf leichte Fahrlässigkeit nicht möglich[289].

Auf Grund von Art. 205 Abs. II OR ergeben sich die Schwierigkeiten, die im deutschen Recht festgestellt werden mußten, für den Wandelungsanspruch im schweizerischen Obligationenrecht nicht. Art. 205 Abs. II OR bestimmt: "Auch wenn die Wandelungsklage angestellt worden ist, steht es dem Richter frei, bloß Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen". Der Richter hat also die Möglichkeit, statt des geltend gemachten Wandelungsanspruches eine Minderung anzuerkennen und bei der Reduktion des Kaufpreises unter anderem das mitwirkende Verschulden des Käufers zu berücksichtigen. "Allgemeiner läßt sich das Prinzip vertreten, daß da die Minderung eintritt, wo der Nachteil der Wandelung für den Verkäufer unverhältnismäßig viel größer wäre als der Vorteil für den Käufer. ... Im übrigen ist auf Treu und Glauben im Verkehr abzustellen. ... Weiter spielt das mehr oder weniger grobe Verschulden des Verkäufers eine Rolle"[290]. Wenn dennoch bei mitwirkendem Verschulden die Wandelung zu-

---

286) S.u. p. 72.

287) Die Bestimmung lautet: "Ist sie (die Streitverkündung) ohne Veranlassung des Verkäufers unterblieben, so wird dieser von der Verpflichtung zur Gewährleistung insoweit befreit, als er zu beweisen vermag, daß bei rechtzeitig erfolgter Streitverkündung ein günstigeres Ergebnis des Prozesses zu erlangen gewesen wäre".

288) Art. 200 OR lautet: "Der Verkäufer haftet nicht für Mängel, die der Käufer zur Zeit des Kaufes gekannt hat.
Für Mängel, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte erkennen sollen, haftet der Verkäufer nur dann, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat."

289) Oser-Schönenberger, a.a.O., II. Teil, Anm. 3 zu Art. 200 mit weiterem Hinweis.

290) So Oser-Schönenberger, a.a.O., II. Teil, Anm. 11 und 12 zu Art. 205.

gelassen wird, so findet auf den Wandelungsanspruch Art. 44 OR Anwendung [291].

2. Mitverschulden im Miet- und Pachtrecht

Grundsätzlich ist der Vermieter, wenn die Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauch nicht taugt, zum Schadensersatz verpflichtet (Art. 255 Abs. II OR). Hier findet Art. 44 OR nach allgemeiner Maßgabe des Art. 99 OR Anwendung.

Eine Spezialvorschrift stellt mindestens indirekt Art. 254 Abs. III OR dar [292]. Die Bestimmung besagt nämlich, daß das Rücktrittsrecht wegen Mangelhaftigkeit der Mietsache bei Kenntnis im Zeitpunkt des Vertragsschlusses grundsätzlich ausgeschlossen ist, nur bei Mängeln, die eine besondere Gesundheitsgefahr für den Mieter oder seine Hausgenossen begründen, wird von dieser allgemeinen Regelung abgewichen.

Verweisungen auf das Mietrecht, z.B. in Art. 277 Abs. II OR, bestimmen für das Pachtrecht die gleichen Regelungen.

3. Mitverschulden im Dienstvertrag und Arbeitsverhältnis

Eine dominierende Stellung nimmt im schweizerischen Recht das Problem ein, ob bei der Festsetzung der Folgen einer unberechtigten fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde das mitwirkende Verschulden des Verpflichteten zu berücksichtigen ist. Anders als im deutschen Recht wird diese Frage in der Schweiz überwiegend bejaht. Diese herrschende Meinung [293] stützt sich vor allem auf

---

291) Becker, a.a.O. Anm. 50 zu Art. 99 verweist auf RGZ 56, 267.

292) Die Bestimmung lautet: "Handelt es sich um Mängel, die für die Gesundheit des Mieters oder seiner Hausgenossen oder Arbeiter eine erhebliche Gefahr in sich schließen, so kann er auch dann zurücktreten, wenn er diese Gefahr beim Abschluß des Vertrages gekannt oder auf das Rücktrittsrecht verzichtet hat."

293) BGE 57 II 185 f.; vgl. den Hinweis auf ein weiteres nicht veröffentlichtes Urteil des BG bei Oser-Schönenberger, a.a.O., II. Teil, Anm. 21 zu Art. 332; ferner BGE 61 II 242; für die jüngste Zeit Oftinger, a.a.O. p. 137.

Art. 332 OR[294]). Das Bundesgericht[295]) unterstellt, daß die Nichterwähnung des Mitverschuldens neben den übrigen Anrechnungsgründen in Art. 332 OR offenbar auf einem Versehen des Gesetzgebers beruhe. Es wird allerdings anerkannt, daß eine unmittelbare Anwendung des Art. 44 OR nicht möglich sein kann, daß diese Bestimmung lediglich analog herangezogen werden darf. Im übrigen entspricht Art. 332 OR nahezu wörtlich dem § 615 BGB; auch für das schweizerische Recht muß deshalb der zweite Halbsatz des Art. 332 OR als spezialgesetzliche Ausgestaltung des Kompensationsprinzips angesehen werden, selbst dann, wenn das Bundesgericht von "Nichterwähnung des Mitverschuldens" spricht. Die Ansicht, Mitverschulden sei beim Anspruch aus Art. 332 OR zu berücksichtigen, blieb in Theorie und früherer Rechtsprechung nicht unangefochten[296]). Mit gutem Grund wird darauf hingewiesen[297]), daß Sinn und Zweck der Anrechnungspflicht des Art. 332 OR dahin gingen, eine Bereicherung des Dienstpflichtigen aus dem Gläubigerverzug zu verhindern; innerlich verschieden sei der Abzug wegen Mitverschuldens; durch solche Argumentation werde ein unlösbarer Widerspruch zu Art. 352 OR geschaffen[298]). Entschließt man sich zu einer analogen Anwendung des Art. 44 Abs. I OR, wie es in der heutigen Praxis geschieht, so sind diese Bedenken ausgeräumt[299]). Demgegenüber ist jedoch nirgends beachtet worden, daß es sich, genau wie bei § 615 BGB, um einen Erfüllungsanspruch handelt.

Nach Art. 339 OR trifft den Dienstherrn eine Entschädigungspflicht für den Fall, daß dem Verpflichteten infolge seiner Tätigkeit ein Schaden an Leben und Gesundheit entsteht. Es taucht dieselbe Frage auf wie im deutschen Recht: kann das mitwirkende Verschulden berücksichtigt werden, wenn dem Verpflichteten

---

294) Art. 332 OR lautet: "Kommt der Dienstherr mit der Annahme der Dienstleistung in Verzug, so kann der Dienstpflichtige den vereinbarten Lohn fordern, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, muß sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat".

295) BGE 57 II 185.

296) Vgl. Oser-Schönenberger, a.a.O., II. Teil, Anm. 21 zu Art. 332 mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

297) Ebd.

298) A.A. Oftinger, a.a.O. p.137, der von "OR 352 bzw. ... OR 332" spricht.

299) S. dazu auch unten bei der Untersuchung des Kompensationsprinzips im Bereich der ungerechtfertigten Bereicherung p.135 f.

eine besonders gefährliche Arbeit übertragen worden ist? - Die Antwort in der Schweiz entspricht dem deutschen Arbeitsrecht. ".... die Ausführung einer Anweisung zu gefährlicher Arbeit (ist) dem Dienstnehmer, zumal angesichts einer vorhandenen faktischen Abhängigkeit vom Arbeitgeber, in der Regel nicht als Mitverschulden anzurechnen, wie ihm auch gewisse Abstumpfungen gegenüber ständigen Berufsgefahren oder infolge monotoner Arbeit, wie sie bei weitgehender Arbeitsteilung, Fließarbeit usw. sich ergeben kann, nicht zum Nachteil angerechnet werden darf" 300).

Auch bei der Festsetzung der Ansprüche eines an der Leistung der Dienste verhinderten Dienstpflichtigen nach Art. 335 OR ist das mitwirkende Verschulden zu berücksichtigen. Die Vorschrift entspricht § 616 BGB.

4. Mitverschulden im Werkvertrag

Seit langem steht fest, daß der Besteller eines Werkes, der Rechte aus Art. 369 OR geltend macht, sich eine Berücksichtigung seines eigenen Verschuldens beim Feststellen seiner Rechte gefallen lassen muß 301). Es wird argumentiert, daß der Werkunternehmer, der ohne sein Verschulden hafte, Schäden, die der Besteller seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben habe, nicht ersetzen müsse 302). Die schweizerische Rechtsprechung teilt diese Meinung und nimmt in solchen Fällen den entsprechenden Abzug an der Entschädigung des Bestellers vor 303).

III. DAS FRANZÖSISCHE RECHT

1. Mitverschulden im Kaufrecht

Das französische Kaufrecht besitzt wie das deutsche und schweizerische eine ganze Reihe von Bestimmungen, die eine spezialgesetzliche Ausgestaltung des Prinzips der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens enthalten. Es handelt sich zunächst um den bereits oben 304) erwähnten art. 1599 C.c. In gleicher

---

300) Oser-Schönenberger, a.a.O., II. Teil, Anm. 17 zu Art. 339.

301) Vgl. Oftinger, a.a.O. p. 137.

302) Dazu ist allerdings zu bemerken, daß § 635 BGB keine Gewährleistung im strengen Sinne, also Haftung ohne Verschulden, vorsieht. Es fehlt hier die einheitliche Vergleichsgrundlage. Über die Gefährdungshaftung und die Haftung ohne Verschulden vgl. u. p. 96 ff.

303) BGE 29 II 692; 34 II 273.

304) S.o. p. 58.

Weise hängt die Eviktionshaftung nach art. 1629 C.c. [305] davon ab, ob der Käufer den Rechtsmangel beim Vertragsschluß nicht gekannt hat. Kannte der Käufer den Mangel, dann geht er seines Anspruchs verlustig. Fahrlässige Nichtkenntnis wird nach der Lehre [306] der positiven Kenntnis gleichgestellt. Eine aus dem schweizerischen Recht bereits bekannte besondere Schadensabwehrpflicht stellt art. 1640 C.c. [307] für den Käufer auf: um sämtliche Verteidigungsmittel erschöpfen zu können, hat der Käufer im Eviktionsprozeß mit dem Dritten vor der Entscheidung der letzten Instanz den Verkäufer zu benachrichtigen. Auch hier handelt es sich also um den Fall einer Streitverkündung. Jedenfalls sieht man in dieser Vorschrift ganz richtig eine Sondernorm für die Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens des Käufers [308]. Schließlich bringt art. 1642 C.c. [309] eine spezielle Regelung des Kompensationsprinzips im Bereich der Sachmängelhaftung für den Fall, daß sich der Käufer vom Vorhandensein sichtbarer Mängel hätte Kenntnis verschaffen können, es aber nicht getan hat [310].

Allen genannten Bestimmungen ist gemeinsam, daß ein bestimmtes Verhalten des Käufers, vorwiegend seine Bereitschaft zum Vertragsschluß trotz Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der schadenbringenden Umstände, seinen Anspruch generell ausschließt und für eine Abwägung seines Mitverschuldens im Sinne der Generalklausel keinen Raum läßt.

---

305) Art. 1629 C.c. lautet: "Dans le même cas de stipulation de non-garantie le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu lors de la vente le danger de l'éviction, ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques."

306) Vgl. Baroncea, a.a.O. p.37 (n° 14); Demogue, a.a.O., t. IV, p.378 f. (n° 346) mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

307) Art. 1640 C.c. lautet: "La garantie pour cause d'éviction cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner par jugement en dernier ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable, sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande."

308) Vgl. Baroncea, a.a.O. p.80 (n° 28).

309) Art. 1642 C.c. lautet: "Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même."

310) S. dazu die Hinweise in Fußn. 306.

2. Mitverschulden im Miet- und Pachtrecht

Auch das französische Mietrecht enthält eine dem art. 1640 C.c. ähnliche Spezialregelung für den Bereich des mitwirkenden Verschuldens. Art. 1726 C.c. bestimmt nämlich, daß der Mieter oder Pächter, der durch eine Eigentumsklage bezüglich des Grundeigentums in seinem Genußrecht gestört worden ist, berechtigt ist, verhältnismäßige Minderung des Miet- oder Pachtzinses zu verlangen, wenn er die Störung und Behinderung dem Eigentümer mitgeteilt hat[311]. Kommt er dieser Obliegenheit nicht nach, so scheidet eine weitere Abwägung auf Grund der Generalklausel aus. Art. 1768 C.c. wiederholt diese Regelung für die Pacht eines Landgutes.

3. Mitverschulden im Arbeitsrecht

Im französischen Arbeitsrecht haben sich Anhaltspunkte für eine besondere Regelung des Mitverschuldens nicht finden lassen.

4. Mitverschulden im Werkvertrag

Der Werkvertrag ist, römisch-rechtlichem Vorbild folgend, im französischen Recht lediglich ein Unterfall des allgemeinen "contrat de louage" (art. 1708 bis 1711 C.c.). Art. 1710 C.c. enthält die Legaldefinition des Werkvertrages im eigentlichen Sinne. Die art. 1787 ff. C.c. enthalten Spezialregelungen für diesen Werkvertrag.

Keine Besonderheiten bestehen für das mitwirkende Verschulden des Bestellers eines Werkes. Es gilt demnach, daß das mitwirkende Verschulden entsprechend der allgemeinen Generalklausel berücksichtigt werden kann.

---

311) Vgl. Baroncea, a.a.O. p. 82 f. (n° 28).

2. KAPITEL

Mitverschulden im Deliktsrecht

1. Abschnitt

Die Berücksichtigung des Mitverschuldens bei unerlaubten Handlungen im allgemeinen

I. DAS DEUTSCHE RECHT (UNTER VORWEGNAHME DER §§ 823 BIS 826 BGB)

Die Generalklausel des § 254 BGB gilt in gleicher Weise wie beim Vertragsrecht auch im Bereiche der deliktischen Haftung[312]. Während es in der Praxis nahezu in allen Fällen des § 823 Abs. I BGB notwendig ist, ein mitwirkendes Verschulden des Geschädigten zu prüfen, werden jene Fälle, bei denen Mitverschulden innerhalb des § 823 Abs. II BGB in Betracht kommt, wesentlich seltener sein. Für die Anwendbarkeit des § 254 BGB bei der Schadenszufügung nach § 823 Abs. II BGB ist nämlich erforderlich, daß auch der Geschädigte gegen ein Schutzgesetz verstoßen hat und dieser Verstoß für den Schadenseintritt bzw. die Schadensvergrößerung mitursächlich ist[313]. Dennoch umspannt die Generalklausel des § 254 BGB auch diese Bestimmung.

Während gleiches für den Fall des § 824 BGB gilt[314], scheitert die Anwendbarkeit des § 254 BGB in aller Regel bei der schädigenden Bestimmung zur Beiwohnung nach § 825 BGB. In der "Gestattung" der durch unlautere Mittel erschlichenen Beiwohnung kann eine Mitschuld im Sinne des § 254 BGB nicht gesehen werden, da es sich bei einer derartigen Einwilligung letztlich um ein Tatbestandsmerkmal der unerlaubten Handlung nach § 825 BGB handelt; die subjektive Seite des Täters setzt voraus, daß er mit seinem Verhalten vorsätzlich die Willensentschließung der Frau "gestalten" will[315]. Bei den Tat-

---

312) Stellvertretend für alle anderen: Gottschalk, a.a.O. p. 109.

313) Gottschalk, a.a.O. p. 110 mit Hinweis auf RGZ 21, 210.

314) Gottschalk, a.a.O. p. 109 mit weiterem Nachweis.

315) Gottschalk ebd.; Cohn, Untersuchungen zu § 254 BGB, GruchBeitr. 43, 96 ff. (394).

beständen des § 254 BGB nach Verletzungseintritt macht Gottschalk[316] die Berücksichtigung des Mitverschuldens von einer sehr einschränkenden Beurteilung abhängig: "Inwieweit die Bestimmung des § 254 Abs. II BGB wegen einer Minderung des Schadens durchgreift, ist nach Lage des Einzelfalles und auch hier .... möglichst einschränkend zu beurteilen"[317]. Diese enge Grenze wurde zu Unrecht gezogen; man denke beispielsweise an eine Schädigung der Frau durch Ansteckung mit einer Geschlechtskrankheit, aber auch sonstiger kausal herbeigeführter Krankheiten, die ebenfalls im Rahmen des § 825 BGB ersatzpflichtig machen[318]. Es können auch hier nur diejenigen Regeln gelten, die für die übrigen Schadensfälle durch Gesundheitsverletzungen bestehen: also eine uneingeschränkte Anwendung des § 254 Abs. II BGB[319].

Schließlich findet § 254 BGB in vollem Umfange auf sittenwidrige Schädigungen nach § 826 BGB Anwendung, da auch dem Geschädigten ein mitursächlicher Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fallen kann[320].

Soweit im Bereich der unerlaubten Handlungen weitere Besonderheiten gelten, werden sie im nächsten Abschnitt[321] untersucht.

II. DAS SCHWEIZERISCHE RECHT

Schon allein die Stellung der Mitverschuldensnorm im Obligationenrecht läßt darauf schließen, daß prinzipiell bei unerlaubten Handlungen auf sie zurückgegriffen werden darf[322]. "Le défendeur est en conséquence autorisé à opposer l'exception du concours de la faute à toute action en dommages et intérêts basée sur les articles 50 - 69 CO"[323]. Nach diesem Zitat erscheint es zunächst so, als ob in jedem Falle das mitwirkende Verschulden ohne irgendwelche dog-

316) A.a.O. p. 109.
317) Gottschalk, ebd.
318) Esser, Schuldrecht, p. 858.
319) Im übrigen sei unter Bezugnahme auf Esser, Schuldrecht, p. 856, darauf hingewiesen, daß hier in der Regel bereits § 823 Abs. I BGB eingreift, so daß praktisch die Problematik kaum akut werden wird.
320) Gottschalk, a.a.O. p. 109.
321) S.u. p. 77 ff.
322) Guhl, Untersuchungen, p. 107, und andere Autoren.
323) Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations, Lausanne 1892, p. 104 (nº 84).

matischen Schwierigkeiten berücksichtigt werden könnte. Die später folgende Untersuchung der Einzelfälle [324] macht jedoch deutlich, daß eine derartige Aussage zu einfach wäre. In Wirklichkeit kann in diesem allgemeinen Teil nur so viel festgestellt werden, daß das schweizerische Recht bei der gewöhnlichen unerlaubten Handlung ausnahmslos das Mitverschulden des Geschädigten berücksichtigt.

III. DAS FRANZÖSISCHE RECHT

Genau so einfach wie im schweizerischen Recht ist zunächst die Anwendung des Kompensationsprinzips im französischen Recht: auch die französische Rechtsordnung sieht in der unerlaubten Handlung den Ursprung der Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens. "Il y a là un véritable cas de faute commune" [325]. Grundlage für die unbestrittene generelle Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens bei der unerlaubten Handlung sind - ohne dies allerdings konkret auszusprechen - die art. 1382 ff. C.c. [326]. Soweit also ein Anwendungsfall der Grundtatbestände der art. 1382 und 1383 C.c. gegeben ist, findet stets mitwirkendes Verschulden des Geschädigten Berücksichtigung. Für die Sonderfälle wird die Untersuchung im folgenden Abschnitt im einzelnen zu erörtern haben, inwieweit mitwirkendes Verschulden berücksichtigt werden kann.

---

324) S.u. p. 83 ff.

325) Demogue, a.a.O., t. IV, p. 129 f. (n° 464).

326) Vgl. aber Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 10e éd., Paris 1953, p. 228 (n° 319), für die Häufigkeit der Fälle nach art. 1382 ff. C.c. in der Praxis.

2. Abschnitt

Besonderheiten bei der Anwendung des Kompensationsprinzips im Bereich der Verschuldenshaftung bei unerlaubten Handlungen

I. DAS DEUTSCHE RECHT

1. Die Bauschädenhaftung nach § 836 BGB

Anlaß, die unerlaubte Schadenszufügung nach § 836 BGB besonders hervorzuheben, gibt die merkwürdige Struktur der Bestimmung. Obwohl sie einen "klaren Einschlag in das Gebiet der Gefährdungshaftung"[327] besitzt, handelt es sich doch um einen Verschuldenstatbestand, allerdings im Gegensatz zu den sonstigen unerlaubten Handlungen ausgestattet mit einer Schuldvermutung. Der Pflichtige haftet schon dann, wenn er seine Schuldlosigkeit nicht beweisen kann; ihn trifft die Beweislast für seine Schuldlosigkeit[328]. Trotz dieser besonderen Ausgestaltung der Bauschädenhaftung wird § 254 BGB nach allgemeiner Meinung in vollem Umfange angewandt. Große Bedeutung erlangte diese Mitverschuldensberücksichtigung bei der Haftung für Trümmerschäden nach dem zweiten Weltkrieg[329]. Als mitwirkendes Verschulden kommt vor allem die Kenntnis des Geschädigten von der Gefahr oder deren fahrlässige Unkenntnis in Betracht[330], im übrigen aber jeder Umstand, der für die Anspruchsminderung nach § 254 BGB beachtlich ist.

Da es sich bei § 836 BGB um eine spezialgesetzliche Regelung der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht handelt, soll an dieser Stelle auch die Rechtseinrichtung der Verkehrssicherungspflicht mit § 254 BGB in Beziehung gebracht werden[331]. Es steht fest, daß die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht eine deliktische Schädigung darstellt. Deshalb ist auf diese Fälle § 823 Abs. I BGB anwendbar. Dies kann aber nur dadurch geschehen, daß auch alle in der Person

---

327) Esser, Schuldrecht, p.862.

328) Vgl. Enneccerus-Lehmann, 14. Bearbeitung, p.935.

329) Vgl. Ganschezian-Finck, Haftung der Gemeinden für Trümmerschäden, NJW 1950, 804 (808); Müller, Zur Schadensersatzpflicht beim Einsturz von Ruinen durch Kriegsereignisse, Anmerkung zu einem Urteil des OLG Frankfurt, NJW 1947/48, 426; s.a. Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. 9 zu § 254 mit weiteren Hinweisen.

330) Vgl. BGH NJW 1951, 229; Müller, a.a.O. p.426; Wussow, a.a.O. p.184 (RNr. 382).

331) Vgl. Enneccerus-Lehmann, 14. Bearbeitung, p.935.

des Geschädigten liegenden und für den Schadenseintritt bzw. dessen Vergrößerung mitursächlichen Umstände berücksichtigt werden. § 254 BGB ist unmittelbar anwendbar[332].

2. Mitverschulden und Haftung wegen Verletzung der Aufsichtspflicht nach § 832 BGB

Im Hinblick auf die Berücksichtigung des Mitverschuldens unterscheidet die herrschende Meinung zwischen § 832 Abs. I und Abs. II BGB. Ist der Aufsichtspflichtige innerhalb des § 832 Abs. I BGB gleichzeitig gesetzlicher Vertreter des Beaufsichtigten, ergibt sich die Berücksichtigung des Mitverschuldens des Aufsichtspflichtigen nicht aus seiner Aufsichtsstellung, sondern aus seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter, also unmittelbar aus § 254 Abs. II S. 2 BGB. Fehlt dagegen dem Aufsichtspflichtigen die Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter, insbesondere dann, wenn er die Aufsichtspflicht nach § 832 Abs. II BGB lediglich durch Vertrag übernommen hat, so braucht sich der Beaufsichtigte das mitwirkende Verschulden des Aufsichtspflichtigen nicht anrechnen zu lassen[333].

3. Mitverschulden bei Ansprüchen mittelbar Geschädigter (§§ 846, 845 BGB)

Bereits im ersten Teil der Untersuchung wurde darauf hingewiesen, daß § 254 BGB auf Grund ausdrücklicher Erwähnung in § 846 BGB in den Fällen der §§ 844, 845 BGB angewendet werden kann. Es wurde auch gezeigt, daß der Grundgedanke des § 846 BGB über seine unmittelbare Geltung hinaus Bedeutung erlangt, beispielsweise beim echten Vertrag zugunsten Dritter[334]. Bestritten ist innerhalb dieser ausgedehnten Heranziehung des § 846 BGB allerdings seine entsprechende Anwendung auf Fälle mittelbarer Schäden und sog. Fernschäden[335]. Gemeint sind damit insbesondere jene Fälle, in denen der Angehörige infolge der unmittelbaren Schadenszufügung gegenüber dem ursprünglich Verletzten

---

332) So Ganschezian-Finck, NJW 1950, 804 (808).

333) Vgl. RGZ 53, 312; zustimmend R. und R. Geigel, a.a.O. p. 210 f.

334) Eine Zusammenstellung der Fälle, in denen eine analoge Anwendung des § 846 BGB in Frage kommt, findet sich bei Esser, Schuldrecht, p. 909.

335) Vgl. Esser, Schuldrecht, p. 909.

seinerseits ebenfalls, zum Beispiel durch psychischen Schock, einen unmittelbaren Schaden erleidet. Während die herrschende Meinung auch hier § 846 BGB anwendet[336], wollen einzelne Autoren, insbesondere Wussow[337], nur das eigene Verschulden des Drittgeschädigten berücksichtigen, nicht dagegen dasjenige des unmittelbar verletzten Angehörigen. Im Rahmen des allgemeinen Prinzips der Berücksichtigung des Mitverschuldens, von dem auch Wussow sonst ausgeht[338], ist seine Einstellung in diesem Punkt nicht recht verständlich. Er versucht, die Billigkeit dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß er in solchen Fällen ein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem Schädiger und dem unmittelbar Verletzten, mit der Folge eines internen Ausgleichsanspruchs zu konstruieren sucht[339]. Aber es wäre besser und zweckmäßiger, auch hier § 846 BGB entsprechend anzuwenden.

Für den Fall, daß den mittelbar Geschädigten ein eigenes mitwirkendes Verschulden trifft, braucht § 846 BGB nicht herangezogen zu werden, § 254 BGB findet unmittelbare Anwendung[340].

4. Mitverschulden beim Schmerzensgeldanspruch (§ 847 BGB)

Der heftige Meinungsstreit um die dogmatische Einordnung des § 847 BGB ist noch nicht endgültig beigelegt[341]. Zwar hat der Bundesgerichtshof[342] dem Schmerzensgeldanspruch eine "Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion" eingeräumt, seinen Charakter als Schadensersatzanspruch dadurch aber in keiner Weise verändert. Da also feststeht, daß es sich bei § 847 BGB um einen Schadensersatzanspruch handelt[343], kann die Frage, ob § 254 BGB Anwendung

336) RG JW 1938, 1111; RG DAR 40 Nr. 55; Esser, Schuldrecht, p. 909; R. und R. Geigel, a.a.O. p. 85.

337) A.a.O. p. 54 (RNr. 77).

338) An anderer Stelle weist er nämlich darauf hin, daß der Grundsatz von Treu und Glauben für die Anwendbarkeit des § 254 BGB von entscheidender Bedeutung sei, a.a.O. p. 191 (RNr. 398).

339) Wussow, a.a.O. p. 54 (RNr. 77).

340) So Enneccerus-Lehmann. 14. Bearbeitung, a.a.O. p. 972, während Schmidt, a.a.O. p. 174, auch beim eigenen Verschulden des mittelbar Geschädigten § 846 BGB anwenden will.

341) Esser, Schuldrecht, p. 922 mit vielen Hinweisen.

342) BGHZ 18, 149; 26, 349.

343) Esser, Schuldrecht, p. 922.

findet, ohne Schwierigkeit geklärt werden. § 254 BGB kommt mit allen seinen Abwägungsmöglichkeiten zur Anwendung[344]). Das bedeutet, daß bei überwiegendem eigenen Verschulden des immateriell Geschädigten das verlangte Schmerzensgeld gänzlich versagt werden kann[345]).

5. Mitverschulden und Billigkeitshaftung nach § 829 BGB

Obwohl die Problemstellung hier insoweit von den bisher behandelten Fällen abweicht, als nicht die Anwendung des § 254 BGB bei der Billigkeitshaftung, sondern umgekehrt, die entsprechende Anwendung des § 829 BGB auf das mitwirkende Verschulden in Frage steht, muß auf die Streitfrage, in welcher Beziehung beide Bestimmungen zueinander stehen, eingegangen werden. Die neuere Rechtsprechung wendet § 829 BGB bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen des § 254 BGB analog an. Dies bedeutet: ist der Schuldunfähige selbst verletzt worden, wobei ihn "mitwirkendes Verschulden" trifft, das ihm infolge seiner Verschuldensunfähigkeit nicht angerechnet werden kann, und vermag der Schädiger sich nicht an einen aufsichtspflichtigen Dritten zu halten, so erfolgt in analoger Anwendung des § 829 BGB eine Schadensteilung auf Grund des § 254 BGB[346]). Die treffende Formulierung Geigels drückt dies folgendermaßen aus: "Der Unverantwortliche muß, wenn ihm im Falle der Verantwortlichkeit mitwirkendes Verschulden zur Last fiele, den ihm zugefügten Schaden insoweit selbst tragen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, es erfordert, und als ihm auch ohne Ersatz seines Schadens die Mittel zur Verfügung sind, deren er zum

---

344) Ausführlicher dazu: Lieberwirth, Das Schmerzensgeld, Heidelberg 1960, p. 72 f.; vgl. Palandt-Gramm, Bürgerliches Gesetzbuch, 20. Aufl., München-Berlin 1961, Anm. 1c zu § 847; vgl. auch (hier allerdings für die Gefährdungshaftung) BGHZ 20, 259.

345) Lieberwirth, a.a.O. p. 72.

346) Vgl. OLG Celle VersR 1954, 461; OLG Neustadt VRS 9, 13; OLG Stuttgart VersR 53, 500; OLG Hamm VRS 9, 61, OLG Braunschweig VersR 1954, 460; OLG München DAR 1953, 114.
Weimar, Das Mitverschulden von Kindern unter sieben Jahren, DR 44, 608 ff.; Palandt-Gramm, a.a.O., 15. Aufl., Anm. 4 zu § 829; Enneccerus-Lehmann, 14. Bearbeitung, p. 73; s.a. Gelhaar, Schadensausgleich bei Kraftfahrzeugunfällen, DAR 54, 265 (267).
Diese Auffassung wurde inzwischen vom BGH bestätigt: BGH NJW 1962, 1199 (1200).

standesgemäßen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht bedarf"[347]). Eine ganz ablehnende Stellung zu dieser Analogie bezieht Wussow[348]). Seine Begründung stützt sich im wesentlichen auf den "Ausnahmecharakter" des § 829 BGB; eine ausdehnende Auslegung sei über den "ganz eindeutig normierten Anwendungsfall des Gesetzes schon grundsätzlich nicht zulässig"; schließlich wird von ihm die analoge Anwendung für gesetzestechnisch bedenklich gehalten[349]). Diese Argumentation übersieht die wichtige Funktion des Kompensationsprinzips; soweit eine direkte Anwendung des § 254 BGB bei Schuldunfähigen nicht in Betracht kommen kann, wäre es in hohem Maße ungerechtfertigt, das Surrogat des § 829 BGB zu versagen. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Schuldunfähige einen Dritten geschädigt und dafür nach § 829 BGB aus Billigkeitsgründen einstehen muß, oder ob er einen ihm selbst zugefügten Schaden ganz oder teilweise mitverursacht hat. Interessenlage und Normenzweck decken sich völlig; das allgemeine Prinzip der Mitverschuldensberücksichtigung hat daher hier in analoger Anwendung des § 829 BGB seinen Ausdruck zu finden. Der herrschenden Meinung ist daher beizupflichten, ihr gegenüber kann auch eine teilweise vertretene Mittelmeinung[350]) nicht befriedigen.

Anhang: Mitverschulden und die Haftung wegen Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB

Zwei Möglichkeiten sind vorhanden, das mitwirkende Verschulden innerhalb von § 839 BGB zu berücksichtigen. Einmal kann das Mitverschulden des Geschädigten im Rahmen von § 839 Abs. I BGB grundsätzlich über § 254 BGB Beachtung finden, nämlich dann, wenn der Geschädigte ursächlich zur Schadensentstehung beigetragen hat[351]); zum anderen besteht für den Fall unterlassener Schadensminderung eine Spezialvorschrift in § 839 Abs. III BGB. Legt der Ge-

347) R. und R. Geigel, a.a.O. p. 106.

348) A.a.O. p. 136 (RNr. 293) mit Hinweisen auf die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts; ders., a.a.O. p. 510 (RNr. 951).

349) Wussow, a.a.O. p. 136 (RNr. 293).

350) Koebel, Billigkeitshaftung von Kindern und Jugendlichen, NJW 1956, 969 (972).

351) Vgl. Schmidt, a.a.O. p. 173; ferner Kayser-Leiß, Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt, 2. Aufl., München-Berlin 1958, p. 63.

schädigte schuldhaft kein Rechtsmittel ein, so hat er im Sinne des § 839 Abs. III BGB seiner Schadensminderungspflicht nicht genügt. In diesem Falle kann eine Abwägung nach der speziellen Norm des § 839 Abs. III BGB nicht stattfinden[352] vielmehr verliert der Verletzte seinen Anspruch im ganzen[353].

§ 839 Abs. I S. 2 BGB bestimmt: "Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag." Man hat sich darüber Gedanken gemacht, ob die Haftungsbeschränkung des zitierten "Wenn-Satzes" Auswirkungen auf das Kompensationsprinzip habe[354]:
Dabei ist zu unterscheiden[355]:

a) Die Behörde macht einen ihr entstandenen Schaden geltend. Der Schädiger kann dagegen eigenes mitwirkendes Verschulden (in Gestalt einer Amtspflichtverletzung) einwenden. Dem Einwand kann die Verwaltungsbehörde nicht mit § 839 Abs. I S. 2 BGB begegnen[356].

b) Der Schädiger macht auf Grund eines ihm entstandenen Schadens Ansprüche gegen die Behörde wegen Verletzung der Amtspflicht, beruhend auf überwiegendem mitwirkendem Verschulden, geltend. Nur gegen diesen direkten Schadensersatzanspruch kann die Behörde wirksam mit § 839 Abs. I S. 2 BGB vorgehen.

Dies bedeutet, daß der Einwand mitwirkenden Verschuldens der Behörde grundsätzlich ohne Rücksicht auf § 839 Abs. I S. 2 BGB erhoben werden kann[357].

---

352) Vgl. Venzmer, a.a.O. p. 209 f. (RNr. 10 f.).
"Daß es sich bei § 839 Abs. III BGB um mitwirkendes Verschulden handelt, ist unbestritten. Dieses mitwirkende Verschulden ist Haftungsausschließungsgrund. Es findet daher im Gegensatz zu § 254 BGB keine Abwägung gegenseitiger Verursachung und gegenseitigen Verschuldens statt", so Kayser-Leiß, a.a.O. p. 66 und die dort zitierte Rechtsprechung (p. 396 ff.)

353) R. und R. Geigel, a.a.O., p. 262 f.; Siber, Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Schuldrecht, Leipzig 1931, p. 466; Schmidt, a.a.O. p. 173 mit weiteren Hinweisen; Gottschalk, a.a.O. p. 113 f.

354) Wussow, a.a.O. p. 191 f. (RNr. 398 bis 400).

355) Ebd.

356) Ebd.

357) Ebd.

II. DAS SCHWEIZERISCHE RECHT

1. Vorbemerkung

Da in diesem Abschnitt lediglich die Verschuldenshaftung untersucht wird, müssen im schweizerischen Recht diejenigen Tatbestände ausgeschieden werden, die eine Haftung ohne Verschulden normieren. Einer späteren Prüfung sollen deshalb die Tierhalterhaftung [358] und die Bauschädenhaftung [359] vorbehalten bleiben.

2. Mitverschulden und Haftung wegen Verletzung der Aufsichtspflicht

Während das deutsche Recht wenigstens für den Fall, daß die Aufsichtspflichtverletzung durch den gesetzlichen Vertreter begangen wurde, ein mitwirkendes Verschulden berücksichtigt und dem Beaufsichtigten dieses Schlechtverhalten seines gesetzlichen Vertreters zurechnet, versagt die schweizerische Rechtslehre und -praxis ausnahmslos die Berücksichtigung des Mitverschuldens des Aufsichtspflichtigen. Dabei ist es gleichgültig, ob der Aufsichtspflichtige als gesetzlicher Vertreter oder aus einem sonstigen Grund zur Beaufsichtigung verpflichtet ist. Zwar gab es früher eine Meinung, die sich mit der derzeitigen deutschen Rechtsauffassung deckte [360]. Macht der Kläger lediglich die Rechte des Kindes geltend und müßte sich das Kind auf den geltend gemachten Anspruch mangelhafte Überwachung seines gesetzlichen Vertreters als mitwirkendes Verschulden anrechnen lassen, so folgert die herrschende Meinung, daß dies nichts anderes hieße, als das Kind für f r e m d e Schuld haften zu lassen [361]. Anders wird dagegen die Situation beurteilt, wenn der gesetzliche Vertreter eigene Ansprüche aus dem Unfall des Kindes geltend macht; hier kann das mitwirkende Verschulden des Aufsichtspflichtigen berücksichtigt werden [362].

---

358) S.u. p. 115 f. 359) S.u. p. 114 f.

360) So insbesondere BGE 24 II 214; vgl. dazu auch v. Tuhr-Siegwart, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, I. Bd., 2. Aufl., Zürich 1942, p. 101.

361) BGE 31 II 35 und die überwiegende Literatur; vgl. besonders Häberlin, a.a.O. p. 83 ff.; Schärer, a.a.O. p. 31 f.; Oftinger, a.a.O. p. 145.

Vgl. ferner BGE 58 II 35; 60 II 224.

362) BGE 33 II 503 und die in der vorausgehenden Fußnote Zitierten.

3. Mitverschulden und "Versorgerschaden" nach Art. 45 OR

Art. 45 Abs. III OR gibt den Hinterbliebenen, die einen "Versorgungsanspruch" gegen den Getöteten haben, entsprechend § 844 Abs. II BGB ein eigenes Klagerecht. Dagegen findet sich im schweizerischen Recht keine dem § 846 BGB ähnliche Norm für die Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens des Getöteten. Das schweizerische Recht ist hier ausschließlich auf die Auslegung durch die Gerichte und die Rechtslehre angewiesen. Nachdem die allgemeine Ansicht im Falle mangelhafter Aufsichtsführung ein Drittverschulden sieht, das als solches dem Geschädigten unzurechenbar ist, führt eine etwaige Berücksichtigung des Mitverschuldens beim "Versorgerschaden" zwangsläufig zu einer Durchbrechung jenes strengen Prinzips, daß ein Drittverschulden außer acht bleiben muß. Der Zwiespalt zwischen der strengen dogmatischen Konstruktion und einer billigen Interessenabwägung bei diesem Problem hat einiges Kopfzerbrechen gemacht[363]. Die Argumentation, die zu einer heute allgemein anerkannten Mitverschuldensberücksichtigung geführt hat, beruht auf folgendem Gedanken: zwar ist der Anspruch auf Versorgerschaden nicht vom unmittelbar Geschädigten, also vom Getöteten, abgeleitet, aber er gründet sich auf das Ereignis, das jener mitverschuldet hat; die nach Art. 45 Abs. III OR Anspruchsberechtigten leiten ihre Rechte aus dem Gesamttatbestand der schädigenden Handlungen her[364]. Man scheut sich in anerkennenswerter Weise auch nicht, zuzugeben, daß der formale Bruch zugunsten übergeordneter Rechtsgrundsätze notwendig ist: "In solchen Lagen läßt unser Recht die strenge Logik fahren und trachtet allein nach einer billigen Ordnung"[365]. Besonders bemerkenswert ist, daß die schweizerische Theorie und Praxis im Falle des Versorgerschadens die Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens des unmittelbar Geschädigten anerkennen, obwohl das schweizerische Recht keine dem § 846 BGB entsprechende Norm kennt, und ein Drittverschulden grundsätzlich unberücksichtigt bleiben muß.

---

363) Vgl. dazu Häberlin, a.a.O. p.85; Im Hof, a.a.O. p.223 f. mit weiteren Literaturnachweisen; Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 17 zu Art. 44; BGE 18, 347; 46 II 155.

364) Häberlin, a.a.O. p.85; Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 17 zu Art. 44; BGE 18, 347; 46 II 155.

365) Häberlin, a.a.O. p.85.

4. Mitverschulden und "Genugtuung" nach Art. 47 OR

Die im deutschen Recht so eifrig diskutierte Frage, welcher Art der Anspruch aus § 847 BGB sei, beantwortet das schweizerische Recht für sein Geltungsgebiet eindeutig: für das erlittene Maß an immateriellen Schäden soll der Verletzte "Genugtuung" erlangen, die Geldleistung soll das erlittene seelische Unrecht aufwiegen. Wie § 847 BGB steht auch der schweizerische Genugtuungsanspruch innerhalb des Bereichs der unerlaubten Handlungen; auch er ist streng zu trennen von dem je nach Lage des Falles gegebenen Schadensersatzanspruch wegen eines materiellen Schadens. Für den Genugtuungsanspruch wurde ursprünglich, insbesondere von den Gerichten, folgende Meinung vertreten: steht ein Mitverschulden des Beschädigten fest und konnte er bereits den materiellen Schaden deswegen nicht voll ersetzt verlangen, dann kann eine Geldentschädigung für die immaterielle Schädigung überhaupt nicht gefordert werden[366]; in solchen Fällen kann ein Anspruch auf Genugtuung erst gar nicht entstehen. Diese Ansicht wurde inzwischen längst aufgegeben. Heute gilt, daß auch bei mitwirkendem Verschulden des Geschädigten grundsätzlich eine Genugtuung zuerkannt werden kann[367], allerdings - und das verdient hervorgehoben zu werden - scheidet die Zubilligung der Genugtuung dann aus, wenn das Mitverschulden grob oder vorwiegend ist[368]. Insofern wird mit der kontinuierlichen Gegenüberstellung des beiderseitigen Verschuldens gebrochen. Es ist möglich, daß der Schädiger noch zu 1/5 der Gesamtforderung haftet, während dem Geschädigten auf Grund seines überwiegenden Verschuldens 4/5 seiner Forderung verloren gehen. Beim Genugtuungsanspruch gilt das aber nicht. Ist das Mitverschulden des Geschädigten nur um weniges größer als das des Schädigers, so überwiegt es und damit fällt jeder Genugtuungsanspruch für den Geschädigten weg. Dies ist ein beachtlicher Unterschied zum deutschen Recht des § 847 BGB.

Schließlich sei noch auf eine wichtige Unterscheidung von "Schmerzensgeld" und "Genugtuung" hingewiesen: nach deutschem Recht sind mittelbare immaterielle Schäden über § 847 BGB nicht ausgleichbar, die Frage, ob § 846

---

366) Vgl. insbesondere Thilo, De la réparation du tort moral en cas de faute concomitante de la victime, SJZ 24, 309 ff., der die Rechtsentwicklung ausführlich schildert; s.a. Häberlin, a.a.O. p.85 f.

367) BGE 32 II 507; 51 II 524; 54 II 17; 55 II 321; Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 12 zu Art. 47; Schärer, a.a.O. p.51; Oftinger, a.a.O. p.263.

368) BGE 53 II 179; 54 II 469; 59 II 165; Oftinger, a.a.O. p.263; Schärer, a.a.O. p.51.

BGB herangezogen werden kann, stellt sich überhaupt nicht. Das ist im schweizerischen Recht anders. Nach Art. 47 OR können auch immaterielle Schäden, die aus der Verletzung eines anderen folgen, ausgeglichen werden. In diesen Fällen kann auf den Genugtuungsanspruch das mitwirkende Verschulden des unmittelbar Geschädigten (Getöteten) angerechnet werden[369].

5. Mitverschulden bei der Billigkeitshaftung nach Art. 54 OR

Ebenso wie im deutschen Recht handelt es sich hier um die Umkehrung der Problemstellung. Die Frage lautet also nicht mehr: findet das mitwirkende Verschulden im konkreten Tatbestand Anwendung, sondern: findet Art. 54 OR innerhalb des Tatbestandes des Art. 44 OR Berücksichtigung? Die einhellige Praxis wendet den Art. 54 OR und zwar sowohl Absatz I als auch Absatz II auf Art. 44 OR analog an; danach kann der Richter "trotz Urteilsunfähigkeit des Geschädigten die Schadensersatzpflicht angemessen reduzieren"[370]. Allerdings wird dieser Grundsatz nicht voll durchgeführt, indem eine völlige Befreiung des Schädigers bei entsprechender Schwere des Mitverschuldens des Schuldunfähigen nicht eintritt. Die theoretischen Erörterungen lassen teilweise sehr deutlich erkennen, daß man dieser Einschränkung durch die Gerichte nicht zu folgen gewillt ist[371].

III. DAS FRANZÖSISCHE RECHT

1. Vorbemerkung

In den art. 1382 bis 1386 regelt der Code civil in erstaunlicher Kürze die unerlaubten Handlungen. Die Spezialfälle der art. 1384 bis 1386 C.c. sollen im

---

369) Oftinger, a.a.O. p.263.

370) Oftinger, a.a.O. p.144; vgl. BGE 41 II 226; 51 II 523; 54 II 140; 60 II 44, 224; Im Hof, a.a.O. p.201; Häberlin, a.a.O. p.82 f.; v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, I. Halbband, Tübingen 1924, p.91; Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 8 zu Art. 44; Schärer, a.a.O. p.31.

371) Vgl. dazu insbesondere Häberlin, a.a.O. p.82 f., der ausdrücklich von "Verneinung oder Minderung" der Haftung spricht (Hervorhebung vom Verfasser), ferner die Formulierung bei Oftinger, a.a.O. p.144.

folgenden näher untersucht werden[372]. Da hier aber nur von der Verschuldenshaftung ausgegangen werden darf, muß zuvor die Frage geklärt werden, ob auch Fälle einer Haftung ohne Verschulden in den französischen Katalog der unerlaubten Handlungen eingestreut sind.

---

372) Die genannten Bestimmungen haben folgenden Wortlaut:

art. 1384: "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.
Toutefois, celui qui détient à titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable
Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du Code civil.
Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux;
Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;
Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.
La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur à l'instance."
art. 1385: "Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé."
art. 1386: "Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction."

Das Problem, ob die unerlaubten Handlungen der art. 1384 ff. C.c. auf dem Verschuldensprinzip oder wenigstens zum Teil auf dem Prinzip der Kausalhaftung, der "théorie du risque" beruhen, läßt sich nicht ganz einfach lösen. Zwar ist von vornherein festzuhalten, daß die art. 1384 ff. C.c. vom Gesetzgeber auf der Basis traditioneller Verschuldenshaftung gedacht und geschaffen waren. Ihr Wortlaut, der aus sich heraus die Frage, ob Verschuldenshaftung eingreift, nicht beantwortet, wurde zusammen mit art. 1382 C.c. interpretiert. Die Folge davon war, daß man in den art. 1384 ff. C.c. eine einfache Schuldvermutung sah, die durch jeden geeigneten Beweis, es habe kein Verschulden vorgelegen, widerlegt werden konnte [373]. Der Anwendungsbereich des art. 1384 al. I C.c. weitete sich mangels straßenverkehrsrechtlicher Einzelgesetze erheblich aus, da im Zuge der fortschreitenden Rechtsentwicklung durch die Gerichte aus dieser Bestimmung schlechthin jede "responsabilité du fait des choses inanimées" hergeleitet, jeder verkehrsrechtliche Haftpflichtfall mit Hilfe dieser Anspruchsgrundlage beurteilt wurde [374]. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß eine so einfache Schuldvermutung den Anforderungen nicht mehr gerecht werden konnte. Eine grundlegende Entscheidung, die eine völlig neue Basis schuf [375], beseitigte wegen dieser Bedenken die einfache Exkulpationsmöglichkeit und ließ eine Haftungsbefreiung des "Halters der Sache" nur zu "par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure, ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable" [376]. Diese Entscheidung sollte weittragende Folgen haben. In ihr wurde der Begriff der "présomption de faute", der Schuldvermutung, aufgegeben, zumindest soweit es den art. 1384 al. I C.c. betraf. An seine Stelle trat der schon früher [377] geprägte Begriff der "présomption de responsabilité", der Haftungsvermutung. Der Schluß, damit sei das Kausalhaftungsprinzip für die art. 1384 ff. C.c. bestätigt, liegt auf der Hand. Ein großer Teil der französischen Rechtswissenschaftler wehrte sich jedoch mit Nachdruck dagegen [378]. Mazeaud-Tunc [379]

---

373) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p. 114 (n° 1151).

374) Vgl. dazu aber u. p. 127 f.

375) Ch. réun. 13 février 1930, D. 1930.1.57, note Ripert, rapport Le Marc'hadour et conclusions Matter; S. 1930.1.121, note Esmein.

376) Ch. réun. 13 février 1930, D. 1930.1.57.

377) Req. 16 juillet 1928, D. 1929.1.33.

378) So insbesondere Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p. 308 (n° 1297); dies., a.a.O., t. I, 5e éd., Paris 1957, p. 419 bis 440 (n° 336 - 365).

D.C. 1942.2.25, note Ripert; S. 1941.1.217 note H. Mazeaud.

379) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p. 308 (n° 1297).

argumentieren durchaus einleuchtend, daß der Kassationshof lediglich dem Widerspruch Rechnung tragen wollte, der dadurch entstünde, daß man einerseits von einer "Schuldvermutung" spreche, andererseits dem Halter die Möglichkeit zum Beweis, daß ihn kein Verschulden treffe, schlechthin abschneide. Eines steht allerdings fest: diese Rechtsprechung hat das Gesicht der art. 1384 ff. C.c. verändert. Es ginge aber zu weit, in dieser Veränderung eine prinzipielle Lösung vom Verschuldensprinzip zu erblicken[380]). Es genügt durchaus, in den art. 1384 ff. C.c. Anspruchsnormen zu sehen, die zwar dem Kausalhaftungsgedanken infolge der in ihrer Widerlegbarkeit sehr stark eingeschränkten Schuldvermutung recht nahe kommen, letzten Endes aber noch auf dem Verschuldensprinzip beruhen[381]).

Nach dieser Vorbemerkung kann nun untersucht werden, inwieweit das mitwirkende Verschulden innerhalb der art. 1384 ff. C.c. Berücksichtigung findet.

2. Mitverschulden bei der Bauschädenhaftung nach art. 1386 C.c.

Die neuere Rechtsprechung sieht in art. 1386 C.c. lediglich einen Spezialfall der allgemeinen Haftung, die sich an die Haltung einer "chose inanimée" nach art. 1384 al. I C.c. knüpft. Die Regelungen des art. 1385 f. C.c. gelten nicht mehr als abschließend, sondern mehr oder weniger als Beispiele für jene allgemeine "Halter-Haftung". Wie bereits erwähnt, entfällt die Haftung des Halters, wenn er nachweist, daß der Schaden durch einen "cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable" entstanden ist. Innerhalb dieser Haftbefreiungsgründe entfaltet das mitwirkende Verschulden des Geschädigten als "cause étrangère" seine Wirkung. Man könnte leicht geneigt sein, im Rahmen dieser allgemeinen Befreiungsgründe auch dem mitwirkenden Verschulden eine totale Entlastungswirkung beizulegen. Die französische Rechtsprechung stand tatsächlich vor der entscheidenden Wende durch die Chambre des requêtes vom 13. April 1934[382]) auf dem Standpunkt, daß der

---

380) Wie es beispielsweise gelehrt wird von Arminjon-Nolde-Wolff, Traité de droit comparé, t. II, Paris 1950, p. 70.

381) Dies wird auch von der deutschen Rechtsvergleichung angenommen. Vgl. Rheinstein in Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, 4. Bd., Berlin 1933, p. 57; Esser, Schuldrecht, p. 215; a.A. vermutlich Schnitzler, Vergleichende Rechtslehre, II. Bd., 2. Aufl., Basel 1961, p. 634.

382) D.P. 1934.1.41, rapport Gazeau, note R. Savatier, S. 1934.1.313, note H. Mazeaud.

Beweis, den Geschädigten treffe ein Mitverschulden, eine Befreiung des Halters zur Folge habe. Die Prämisse, das Verschulden des Geschädigten zerstöre die Schuldvermutung auf Seiten des Halters, wird richtigerweise als unzutreffend bezeichnet[383]: auch den Halter kann ein Verschulden treffen, das nicht ausgeschlossen wird durch den Nachweis des Verschuldens des Geschädigten. Ein Beispiel macht dies deutlich: überquert ein Fußgänger außerhalb der Zebrastreifen die Fahrbahn und wird er dabei von einem Auto verletzt, so bleibt immer noch offen, ob der Autofahrer etwa zu schnell gefahren ist. Die Rechtsprechung begnügte sich in verschiedenen Entscheidungen, die bis in die jüngste Zeit hinein reichen, mit der Formulierung, daß der Halter nur dann entlastet sei, wenn bewiesen ist, daß ihn kein Verschulden treffe[384]. Eine Meinung, die wohl als die herrschende bezeichnet werden kann, hat sich jedoch dem oben zitierten Urteil der Chambre des requêtes angeschlossen, wonach "la faute de la victime n'étant pas la cause unique de l'accident ne fait pas disparaître entièrement la présomption de responsabilité du gardien ... laquelle ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit, de force majeure ou d'une cause étrangère qui, ne lui fût pas imputable"[385], oder, wie es an anderer Stelle heißt: "la faute de la victime ne peut exonérer totalement le gardien que si elle en a été la cause unique, le gardien n'ayant pu ni la prévoir, ni en éviter les conséquences"[386]. Daraus folgt einerseits, daß der

---

383) Dazu und zum Folgenden: Beudant et Lerebours-Pigeonnière, Cours de droit civil français, 2e éd., t. IX bis, Paris 1952, p. 182 f. (nº 1558).

384) Civ. c. 9 février 1937, D.H. 1937, 203, S. 1937.1.127; civ. c. 21 janvier 1941, D.A. 1941, 101; civ.c. 17 novembre 1941, S.1942.1.13, Gaz.Pal. 1942.1.44, sous-note; civ.c. 4 mai 1943, D.A. 1943, 57; civ. c. 15 décembre 1947, Gaz.Pal. 1948.1.50.

385) Civ. 1er décembre 1936, D.H. 1937, 86, weitere Hinweise bei Beudant et Lerebours-Pigeonnière, a.a.O. p. 182 f. (nº 1558).

386) Civ.c. 9 septembre 1940, D.H. 1940, 141, Gaz.Pal. 1940.2.59, rapport F. Mazeaud; der Leitsatz dieses Urteils lautet: "Le fait qu'aucune faute n'est établie à la charge du gardien d'une chose inanimée ne suffit pas à imprimer à la faute de la victime le caractère de cause unique du dommage, susceptible de libérer entièrement le gardien. D'autre part, la faute de la victime ne peut exonérer totalement le gardien que si elle a été la cause unique du dommage, le gardien n'ayant pu ni la prévoir, ni en éviter les conséquences". Vgl. dazu auch die note H. Mazeaud S.1940.1.81. - Weitere Entscheidungsnachweise bei Beudant et Lerebours-Pigeonnière, a.a.O. p. 182 f. (nº 1558).

Halter einer Sache nicht entlastet wird, wenn er nicht dartun kann, daß das mitwirkende Verschulden die einzige Ursache des Schadenseintritts ist, andererseits wird gleichzeitig die Definition der "alleinigen Schadensursache" dahin gegeben, daß sie in der Gestalt des mitwirkenden Verschuldens nur dann vorliegt, wenn dieses Mitverschulden für den Ersatzpflichtigen unvorhersehbar und unwiderstehlich (irrésistible) war. Kann der doppelte Beweis erbracht werden, daß den Halter kein Verschulden trifft, und daß das mitwirkende Verschulden des Geschädigten für ihn nicht vorhersehbar und unwiderstehlich gewesen war, so kann sich der Halter einer Sache von seiner Haftung völlig entlasten[387]. Ist der Beweis dagegen nicht möglich, so tritt die normale "partage de responsabilité" ein[388]: "la faute de la victime, lorsqu'il n'est pas établi qu'elle soit l'unique cause de l'accident ne saurait exonérer totalement le gardien du principe général de responsabilité établi par l'art. 1384, aliéna 1[er]"[389]; dagegen erlaubt auch diese Situation eine quotenmäßige Aufteilung des Schadensersatzanspruchs[390]. Schwierigkeiten bereitet die Frage, wie die Verschuldensabwägung vorzunehmen sei, wenn zwar auf Seiten des Geschädigten ein feststellbares Verschulden vorliegt, auf Grund der eingeschränkten Exkulpationsmöglichkeit beim Schädiger dessen Verschuldensgrad aber nach wie vor im Stadium der "Vermutung" bleiben muß. Es leuchtet ein, daß hier für die ermessensweise vorzunehmende Einstufung des Verschuldensgrades des Ersatzverpflichteten kein Raum bleibt, und daß somit jene Meinung das Richtige trifft, welche allein die im Verhalten des Geschädigten zum Ausdruck gekommenen Umstände zur Herabsetzung seines Schadensersatzanspruches würdigt[391].

---

387) Beispiele finden sich in Civ. 22 mars 1938, D.H. 1938, 339; Req. 2 août 1938, D.H. 1938, 516; Req. 27 décembre 1943, S.1944.1.87; Req. 12 juin 1945, S.1946.1.72.

388) Vgl. dazu und zum folgenden: Beudant et Lerebours-Pigeonnière, a.a.O. p.247 f. (n[o] 1632). Ferner: civ.c. 7 mai 1947, Gaz.Pal. 1947.2.27.

389) Civ. 1[er] décembre 1936, D.H. 1937, 86.

390) Civ.c. 9 février 1937, D.H. 1937, 203 stellvertretend für viele.

Vgl. auch Beudant et Lerebours-Pigeonnière, a.a.O. p.247 f. (n[o] 1632); Planiol-Ripert-Esmein, a.a.O., t. IV 1[re] partie, p. 840 (n[o] 601).

391) So Planiol-Ripert-Esmein, a.a.O. p.840 (n[o] 601); vgl. aber Esmein, La faute de la victime exclut-elle la présomption de responsabilité?, Revue générale des assurances terrestres 1934, 1002 ff.

Da, wie gesagt, die Bauschädenhaftung lediglich einen Unterfall der allgemeinen Halterhaftung darstellt, wird sie nach diesen Grundsätzen behandelt. Speziell nur für sie geltende Abweichungen bestehen nicht.

Es ist erkennbar, daß die von der französischen Doktrin und Praxis gefundene Lösung den Bedürfnissen gerecht wird, gleichzeitig aber auch eine genaue dogmatische Einordnung gewährleistet. So erfährt das mitwirkende Verschulden des Geschädigten auch in den Spezialbereichen einer nahe an die Kausalhaftung grenzenden Verschuldenshaftung die sachgerechte Berücksichtigung.

3. Mitverschulden bei Verletzung der Aufsichtspflicht nach art. 1384, al. 4 C.c.

Sind einmal die Grundzüge der Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens innerhalb der Haftung auf Grund einer Schuldvermutung erfaßt, so macht die Untersuchung der folgenden prinzipiell gleichartigen Spezialtatbestände keine besonderen Schwierigkeiten mehr. Ohne Zweifel ist daher in gleicher Weise, wie oben dargelegt, mitwirkendes Verschulden bei Verletzung der Aufsichtspflicht zu berücksichtigen.

4. Mitverschulden bei Ansprüchen mittelbar Geschädigter

Das französische Recht kennt weder eine den §§ 844 ff. BGB noch dem schweizerischen Versorgerschaden entsprechende Regelung. Dessen ungeachtet hat sich die Theorie und teilweise auch die Praxis mit diesem Problemkreis beschäftigen müssen. Kann das mitwirkende Verschulden des Getöteten gegen dessen Erben, die sowohl im eigenen Namen als auch im Namen des Geschädigten auftreten können, geltend gemacht werden? Das ist die Problemstellung. Einhelligkeit besteht darüber, daß die Berücksichtigung des Mitverschuldens dann geboten und berechtigt ist, wenn vertretungsweise im Namen des unmittelbar Geschädigten gehandelt wird [392]. Sehr umstritten ist, was zu geschehen hat, wenn der Drittgeschädigte eigene Rechte gegen den Schädiger geltend machen

---

392) Vgl. Demogue, a.a.O., t. IV, p. 521 f. (n° 808), Fußn. 1; außerdem Savatier, Traité, t. II, p. 107 f. (n° 540, letzter Abschnitt).

will. Würde in diesem Falle den primär Geschädigten mitwirkendes Verschulden treffen, so würde es seinen eigenen Ersatzanspruch nach allgemeinen Regeln mindern; der Drittgeschädigte soll aber nach der einen Ansicht seinen Schaden in vollem Umfange geltend machen dürfen, ohne dem Einwand, der primär Geschädigte habe den Schaden mitverschuldet, ausgesetzt zu sein[393]). Die Gegenmeinung vertritt den Standpunkt, daß das mitwirkende Verschulden des Geschädigten auch dem Drittgeschädigten entgegengehalten werden könne[394]). Ohne besondere gesetzliche Regelung wird hier der Bruch mit der traditionellen Auffassung von der relativen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner vollzogen. Dennoch erscheint diese Meinung, auf Grund der besonderen Wertung des Kompensationsprinzips, als die richtigere.

5. Mitverschulden beim Schmerzensgeldanspruch

Das französische Recht besitzt keinen gesetzlich normierten allgemeinen Schmerzensgeldanspruch. Lediglich art. 301, al. 2 C.c.[395]) trägt im Ehescheidungsrecht dem "préjudice moral" Rechnung. Nach anfänglichem Zögern hat die Rechtslehre zusammen mit der Gerichtspraxis einen allgemeinen, heute gewohnheitsrechtlich geltenden "Schmerzensgeldanspruch" herausgebildet, den sie durch Zuordnung zum Anwendungsbereich des art. 1382 C.c. dogmatisch rechtfertigt. Der Schadensersatz in Geld für immaterielle Schäden ist hinsichtlich seiner Funktion außerordentlich umstritten. Die hauptsächlichsten Lehrmeinungen sehen diese Funktion im Strafzweck[396]), wobei von einer

---

393) So insbesondere Demogue, a.a.O., t. IV, p.521 f. (n° 808), der darauf abhebt, daß das Verschulden jeweils "persönlich" ist, ferner, daß man das mitwirkende Verschulden nicht zugunsten des Schädigers berücksichtige, sondern lediglich deshalb, damit nicht das eigene Verschulden des Geschädigten ohne Sanktion bleibe. Vgl. auch: Dijon, 15 juillet 1937, Sem.Jur 1938, 217 und, wenn auch mit Bedenken zustimmend, Savatier, Traité, t. II, p.107 f. (n° 540).

394) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.448 (n° 1469).

395) Die Bestimmung lautet: "Indépendamment de toutes autres réparations dues par l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, les juges pourront allouer au conjoint qui a obtenu le divorce des dommages-intérêts pour le préjudice matériel ou moral à lui causé par la dissolution."

396) Vgl. dazu und zum folgenden: Herrmann, Umfang und Problematik des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, des préjudice moral und der Genugtuung im schweizerischen Recht in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Tübingen 1952, p.116 ff.

Privatstrafe gesprochen wird[397], oder im Streben, die empfangenen immateriellen Nachteile durch eine Geldleistung zu kompensieren[398]. Jedenfalls wird mit der Rechtseinrichtung des "dommage moral" eine Ausdehnung des Deliktsschutzes auf höchstpersönliche Rechtsgüter im Sinne eines allgemeinen Persönlichkeitsschutzes erreicht.

Demgegenüber bildet der "dommage corporel" nur einen Unterfall, dessen Tatbestandsmerkmale sich mit dem Schmerzensgeldanspruch des § 847 BGB decken.

Teilweise wurde an dieser Rechtsentwicklung eine erhebliche Kritik laut[399]. Dennoch hat sich heute eine allgemeine Anwendung der Grundsätze über die Gewährung von Schadensersatz in Geld für immaterielle Schäden durchgesetzt.

Innerhalb des "Schmerzensgeldanspruches" wird das mitwirkende Verschulden des Geschädigten ebenso berücksichtigt wie jeder andere haftungsmindernde Umstand, denn "ce qui est vrai, c'est que, lorsqu'un dommage moral est allégué, les tribunaux ont, pour en admettre ou en dénier l'existence, comme pour en évaluer le montant, un pouvoir d'appréciation beaucoup plus vaste que lorsqu'un dommage matériel est en cause"[400].

6. Mitverschulden und Billigkeitshaftung

Prinzipiell scheidet auch im französischen Recht die Haftung dann aus, wenn der an sich Haftpflichtige schuldunfähig war[401]. Dennoch kann auch im französischen Recht das "mitwirkende Verschulden" des Schuldunfähigen berücksichtigt werden. Allerdings kommt es stets auf die Lage des Einzelfalles an. So darf beispielsweise derjenige, der die Schuldunfähigkeit des Geschädigten kannte oder durch besondere Umstände darauf hingewiesen wurde und daher kennen

---

397) Aubry et Rau, a.a.O., t. VI, § 444, Fußn. 2; Carbonnier, Droit civil, t. II, 2e partie, Paris 1957, p. 584 (no 172).

398) So die wohl herrschende Meinung. Vgl. statt aller: Ripert, Le prix de la douleur, D. 1948 chron. 1.

399) Vgl. z.B. Esmein, La commercialisation du dommage moral, D. 1944 chron. 113; Ripert, Le prix de la douleur, D. 1948 chron. 1.

400) Carbonnier, a.a.O. p. 583 (no 172).

401) Haller, a.a.O. p. 36.

mußte, das Mitverschulden nicht geltend machen[402].

7. Mitverschulden bei der Tierhalterhaftung nach art. 1385 C.c.

Im Gegensatz zum deutschen und schweizerischen Recht handelt es sich bei der Tierhalterhaftung nach art. 1385 C.c. wie bei den bereits untersuchten unerlaubten Handlungen um eine Verschuldenshaftung. Es sind deshalb im wesentlichen die Grundsätze, die für art. 1384 C.c. gelten, anzuwenden. Die Tierhalterhaftung wird im französischen Recht lediglich als Unterfall der allgemeinen Haftung für "fait des choses" betrachtet[403]. Der einfache Beweis des Halters, er habe die erforderliche Sorgfalt angewendet oder der Schaden wäre auch bei Anwendung besonderer Vorsichtsmaßnahmen eingetreten, genügt auch hier nicht[404].

---

402) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.445 (n° 1468), hier findet sich auch folgendes Beispiel:
Ein Autofahrer, der ein kleines Kind in der Straßenmitte sieht und seine Geschwindigkeit nicht verlangsamt, ist in vollem Umfang schadensersatzpflichtig.

403) So schon Rheinstein, a.a.O. p.100. Eine übersichtliche Zusammenfassung der Rechtsentwicklung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung gibt Demogue, a.a.O., t. V, p.255 ff. (n° 1032). Vgl. auch Planiol-Ripert-Esmein, a.a.O. p.839 f. (n° 600).

404) Stellvertretend für alle: Dalloz, Code civil annoté, 58e éd., Paris 1959, Anm. 2 am Ende zu art. 1385.

3. KAPITEL

Zurechenbare Mitverursachung bei der Gefährdungshaftung

1. Abschnitt

Grundzüge der Gefährdungshaftung im deutschen, schweizerischen und französischen Recht

I. DAS DEUTSCHE RECHT

Das Bürgerliche Gesetzbuch geht grundsätzlich vom Prinzip der Verschuldenshaftung aus. Nur die rechtswidrige Verletzung eines Haftungstatbestandes in objektiver und subjektiver Weise begründet regelmäßig die Haftpflicht des Schädigers, verpflichtet ihn zum Ersatze des entstandenen Schadens. Dieser Grundsatz gilt innerhalb des Vertragsrechts, er gilt erst recht im Deliktsrecht; § 823 Abs. I BGB sagt ausdrücklich: "Wer vorsätzlich oder fahrlässig ... widerrechtlich verletzt". Bei unverschuldeter, zufälliger Schädigung soll der Schaden vom Träger des verletzten Rechtsgutes erlitten werden und nicht auf das "Werkzeug des Zufalles" abgewälzt werden können. Dieses Prinzip gilt allerdings nur unter einer wichtigen Voraussetzung: das aus dem Verhalten des Schädigers - seinem Tun oder Unterlassen - entstehende Risiko muß für ihn übersehbar sein, die Gefahr, die jedes Verhalten begründet, muß beherrschbar sein. Dabei ist eine skalenmäßige Abstufung der Gefährlichkeit zu beachten. Mit zunehmender Gefährlichkeit des Verhaltens muß die "Einstandspflicht" des Handelnden verstärkt werden; entsprechend ist das Erfordernis des Schuldnachweises zu erleichtern. Das ist der Grund für die Schuldvermutungen.

Geht man davon aus, daß jedes menschliche Tun eine Gefahrenquelle birgt, dann wird es sich in aller Regel um solche Gefahren handeln, die im Rahmen des sozialen Zusammenlebens von jedem einzelnen in Kauf genommen werden müssen. Juristisch interessant werden erst solche Gefahren, die das Maß des Normalen übersteigen: bestimmte Unternehmungen, Besitztümer und ähnliches können ständige abstrakte und unübersehbare Gefahrenquellen besonderen Ausmaßes darstellen. Sie bringen einerseits dem Unternehmer, Halter oder Eigentümer[405] bestimmte, meist wirtschaftliche Vorteile und belasten andererseits

405) Vgl. zu diesen Begriffen: Esser, Schuldrecht, p. 223.

eine unbestimmte Vielzahl von Personen, sehr oft unbeteiligte Dritte, über Gebühr. Zur Beseitigung oder Milderung des durch diese ungleiche Verteilung von Nutzen und Lasten entstandenen Mißverhältnisses gibt es zwei Möglichkeiten: einmal könnte der Gesetzgeber die Schaffung solcher extremer Gefahrenquellen von vornherein verbieten[406]) und gegebenenfalls mit polizeilichen Mitteln die Durchsetzung jenes Verbots erzwingen; zum andern aber ist es möglich, die Haftung für besonders typische Betriebsgefahren vom Verschulden zu lösen und zu einer Kausalhaftung umzugestalten. Berücksichtigt man das Interesse der Allgemeinheit an den Institutionen mit besonderer Gefährlichkeit, so zeigt sich deutlich, daß nur der letztgenannte Weg eingeschlagen werden kann. Die Tatsache, daß die Menschen in ihrem Zusammenleben auf jene besonders gefährlichen Unternehmen angewiesen sind, bedeutet nicht die Übernahme des Schadensrisikos oder gar die Einwilligung in mögliche Schädigungen; unmittelbaren Gewinn zieht stets der Unternehmer, die Ausnutzbarkeit der durch das besonders gefährliche Unternehmen zugänglich gemachten Leistung ist nur "Reflexbegünstigung".

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich dieser besonderen, vom Verschulden gelösten Haftpflicht nur ganz ausnahmsweise bedient, nämlich in dem Falle der Tierhalterhaftung nach § 833. Das gibt jedoch keinen Anlaß, die Haftung ohne Verschulden heute schlechthin als "Ausnahmefall" zu bezeichnen. Die Entwicklung der Kausalhaftung vollzog sich außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches desto intensiver. Zahlreiche wirtschaftliche und technische Neuerungen paßten auf Grund der dargelegten Grundsätze nicht mehr in das Verschuldensprinzip des Bürgerlichen Gesetzbuches. Eine Fülle von Einzelgesetzen war deshalb erforderlich, um das gestörte Gleichgewicht wiederherzustellen.

Das deutsche Recht hat den Gedanken der "Gefährdungshaftung" aufgenommen, dogmatisch eingeordnet und als weiteres Haftungssystem neben dasjenige der Verschuldenshaftung gestellt. Eine Rückkehr zum reinen Verschuldenssystem ist nach heutigem Stand ausgeschlossen, eher ist zu erwarten, daß die Gefährdungshaftung im Laufe der Zeit noch stärker ausgebaut werden wird.

---

406) Dazu und zum folgenden: Esser, Schuldrecht, p. 223 und p. 830; ders., Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts, Berlin 1941.

II. DAS SCHWEIZERISCHE RECHT

Grundlage für die Haftung auf Schadensersatz ist auch im schweizerischen Recht das traditionelle Verschuldenssystem. Unter der primären Voraussetzung der Rechtswidrigkeit haftet der Schädiger grundsätzlich nur, wenn ihm seine Tat subjektiv zurechenbar ist, also, wenn ihn ein Verschulden trifft.

Die Tatbestände, bei denen wegen ihrer besonderen Eigenart von diesem Grundsatz abgewichen wird[407], sind im schweizerischen Recht zahlreicher als im deutschen oder französischen Recht. Die Grenzen zwischen Schuldpräsumption und reiner Gefährdungshaftung bereiten der schweizerischen Rechtslehre keine besonderen Schwierigkeiten. Zwischen den "gewöhnlichen Kausalhaftungen" und den "Gefährdungshaftungen" wird unterschieden[408]. Unter der Bezeichnung "Gefährdungshaftung" werden vor allem die Haftungsfälle aus der Führung oder Haltung eines gefährdenden Betriebes zusammengefaßt[409]. Bei ihnen kommt es im Gegensatz zu den Fällen der gewöhnlichen Kausalhaftung auf die Verletzung einer Sorgfaltspflicht nicht an[410]. Die Schadensersatzpflicht besteht, sobald zwischen dem Schaden und dem gefährdenden Betrieb der Kausalzusammenhang besteht[411]. Die gewöhnliche Kausalhaftung (Art. 58, 55 und 56 OR) greift bei Verletzung einer sogenannten "vorausgesetzten Sorgfaltspflicht" ein[412]. Es gibt hier nämlich Fälle, "wo der Vorwurf der Pflichtverletzung sinnlos erscheint, so etwa, wo der Werkmangel allein auf einen Zufall zurückgeht, von dessen Walten der Eigentümer auch bei aller Aufmerksamkeit nichts wissen kann; oder wenn der Tierhalter urteilsunfähig ist. Deshalb wird hier von einer v o r a u s g e s e t z t e n Sorgfaltspflicht gesprochen, die ... gänzlich objektiviert ist, und daher gilt diese Pflicht schon als verletzt, wenn immer die gesetzlichen, vom Geschädigten zu beweisenden Elemente des Tatbestands als die Bedingungen der Haftpflicht erfüllt sind. Dazu gehört die Pflichtverletzung nur implicite; wäre es anders, so hätte man nicht Kausalhaftung, sondern Verschuldenshaftung vor sich"[413]. Mit der Einführung von Begriffen wie "vorbehaltslose Kausalhaftung"[414] für die Gefährdungshaftung im Sinne des deutschen und französischen Rechts erlangt die

---

407) Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 68 zu Art. 41.
408) Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 2. Aufl., Zürich 1960, p. 1 ff.
409) Oftinger, a.a.O., Bd. II/1, p. 1.
410) Oftinger, a.a.O., Bd. II/1, p. 4.
411) Ebd.
412) Oftinger, a.a.O., Bd. II/1, p. 3.
413) Ebd.
414) BGE 35 II 243.

schweizerische Rechtslehre den Standpunkt einer recht extensiven Handhabung der Gefährdungshaftung. Es wird zwar betont, daß sich "ein allgemeines Prinzip"[415] nicht aufstellen ließe, es läßt sich aber nicht leugnen, daß eine Verursachungs- oder Veranlassungshaftung besteht. Der Grundsatz ist allerdings die Verschuldenshaftung, die Gefährdungshaftung ist die Ausnahme. Beide Haftungsformen stehen nicht gleichwertig nebeneinander[416]. Grundsätzlich solle gelten: "Wo ein Verschulden fehlt, liegt Zufall vor, dessen Folgen der zu tragen hat, der davon betroffen wird. Wo das Gesetz aus besonderen Gründen trotz Fehlens des Verschuldens eine Verantwortlichkeit statuiert, da darf eine solche Bestimmung nicht auf andere Fälle, wo der gleiche Grund vorliegen würde, ausgedehnt werden"[417]. Diese Aussage erweckt wegen ihrer Enge gewisse Bedenken; sie bringt jedoch deutlich zum Ausdruck, daß trotz der weiten Anwendung des Kausalhaftungsprinzips an seinem Ausnahmecharakter festgehalten wird.

Begrifflich hält sich die spätere Untersuchung der Einzelfälle im schweizerischen Recht nicht an die oben erörterten Unterscheidungen. Die Bezeichnungen "Gefährdungshaftung" und "Kausalhaftung", die künftig synonym gebraucht werden, sollen stets lediglich kennzeichnen, daß es sich um eine Haftung ohne Verschulden handelt.

III. DAS FRANZÖSISCHE RECHT

Wie schon gesagt worden ist, kennt auch das französische Recht die Haftung ohne Verschulden. Die französische Gefährdungshaftung stützt sich auf die sog. théorie du risque. Eingeführt wurde diese Theorie insbesondere von Saleilles[418] und Josserand[419]. Mit einer außergewöhnlichen Intensität wird sie bis auf den

---

415) Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 68 zu Art. 41.

416) Ebd. 417) Ebd.

418) Saleilles, note D.P. 1897.1.433.

419) Josserand, D.P. 1900.2.289; ders., Cours de droit civil positif français, t. II, 3e éd., Paris 1933, nº 413 f.; ders., Vers l'objectivation de la responsabilité du fait des choses, D.H. 1938 chron. 67; ders., La responsabilité du fait des choses inanimées, D.H. 1930 chron. 5 ff.; ders., La doctrine contre la jurisprudence - Sur le problème de la responsabilité du fait des choses inanimées, D.H. 1931 chron 69 ff.
Vgl. zur historischen Entwicklung die gedrängte Darstellung bei Carbonnier, a.a.O. p. 572 ff. (nº 170).

heutigen Tag bekämpft[420]).

Das französische Recht basiert, wie das deutsche und schweizerische, auf dem Verschuldenssystem. Der Code civil enthält nach herrschender Meinung keinen Kausalhaftungstatbestand[421]). An dieser traditionellen Auffassung wird konsequent festgehalten; Entscheidungen, die auch für das im Code civil geregelte Deliktsrecht - also insbesondere für art. 1384, al. 1 - das Kausalhaftungsprinzip anerkennen[422]), werden schärfstens getadelt. Man wirft ihnen glatte Verkennung der gesetzgeberischen Motive vor[423]). Die in diesem Zusammenhang häufig angeführte Entscheidung des Kassationshofes vom 13. Februar 1930[424]) gab ursprünglich zu großen Bedenken Anlaß. Man meinte nämlich, daß der in der Entscheidung verwendete Begriff der "présomption de responsabilité" eine Bresche in das Verschuldenssystem geschlagen habe. In Wirklichkeit zeigen neuere Entscheidungen[425]), daß ohne Rücksicht auf jenes Urteil am Verschuldensprinzip festgehalten wird: "... la faute demeure une condition fondamentale de la responsabilité civile"[426]).

Obwohl also das Prinzip der Gefährdungshaftung im Code civil abgelehnt wird und zugunsten der ausgleichenden Gerechtigkeit verschärfte Schuldvermutungen normiert wurden, können selbst die eifrigsten Verfechter des Verschuldensgedankens nicht umhin, die in neuerer Zeit außerhalb des Code civil geschaffenen vereinzelten Gefährdungshaftungstatbestände als solche hinzunehmen und anzuerkennen[427]). Dabei handelt es sich vor allem um zwei Spezialgesetze:

---

420) Mazeaud-Tunc verwenden allein über zwanzig Druckseiten, um diese Theorie abzulehnen, a.a.O., t. I, p.419 - 440 (n° 336 - 365); vgl. außerdem: Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, a.a.O., 9e éd., Paris 1942, t. II, n° 183 und 184; Planiol, Du fondement de la responsabilité, Rev.crit. 1905, 277 ff.; ders., Rev.crit. 1906, 80 ff.; Ancel, Rapport à l'association Henri Capitant sur la responsabilité sans faute, t. II, Paris 1947, p.65 ff.

421) S.o. p. 86 ff.

422) Ch. civ. 16 juin 1896, S.1897.1.17 mit note A. Esmein, D. 1897.1.43 mit note Saleilles.

423) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. I, p.87(n° 88).

424) S. Fußn. 375.

425) Z.B. Ch. civ. 28 avril 1947, S. 1947.1.115, D. 1947.J.329 conclusions Leonan, note Lalou, Gaz.Pal. 1947.1.279, Sem.jur. 1947.II.3601 note J.D.

426) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. I, p.439 (n° 362).

427) Ebd.

das Gesetz vom 9. April 1898 in der Fassung vom 30. Oktober 1946 betreffend die Arbeitsunfälle und den Code de l'air vom 31. Mai 1924 in der Fassung vom 30. November 1955.

2. Abschnitt

Die zurechenbare Mitverursachung bei der Haftung ohne Verschulden

I. DAS DEUTSCHE RECHT

1. Zurechenbare Mitverursachung und Gefährdungshaftung im allgemeinen

Es ist dem Kompensationsprinzip als "Richtlinie" wesensgemäß, daß es auch in den Fällen durchgeführt wird, in denen kein beiderseitiges Verschulden gegeneinander abgewogen werden kann[428]. Dafür spricht zunächst die von der Rechtsordnung vorgenommene Wertung. Dafür spricht ferner, daß die Vorschrift des § 254 BGB die besonderen "Umstände" des Einzelfalles berücksichtigt haben will. Dazu gehört aber auch die Betriebsgefahr[429]. Herrschende Lehre[430] und ständige Rechtsprechung[431] sind der Meinung, daß § 254 BGB ohne Rücksicht darauf, ob Verschuldenshaftung oder Gefährdungshaftung vorliegt, gelten soll. Damit ist aber auch gesagt, daß für die Anwendung des § 254 BGB kein beiderseitiges Verschulden vorzuliegen braucht. Darüber hinaus ist aus § 17 StVG und § 8 SHaftpflG zu entnehmen, daß eine Anwendung des § 254 BGB sogar dann möglich ist, wenn auf beiden Seiten, also beim Schädiger und beim Geschädigten, Gefährdungshaftung vorliegt. Erforderlich ist nur,

---

428) Vgl. dazu und zum folgenden: Scholtz, Die Frage der Anwendbarkeit des § 254 BGB in den Fällen der Gefährdungshaftung unter besonderer Berücksichtigung der Tierhalterhaftung und des Reichshaftpflichtgesetzes, Diss. Göttingen, 1929, p. 17 f.

429) Esser, Schuldrecht, p. 279.

430) Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. 4 zu § 254; Emil Böhmer, Das Reichshaftpflichtgesetz, Berlin 1950, p. 55 (XVI Anm. 1 zu § 1); Esser, Schuldrecht, p. 279 f.

431) RGZ 112, 284 (286); BGHZ 2, 355 (358); 12, 124; 20, 259.

daß das mitursächliche Verhalten dem Geschädigten zurechenbar sein muß; das bedeutet aber nicht, daß von ihm ein Teil des Schadens verschuldet ist. Es genügt ein im weitesten Sinne zurechenbares Verhalten und damit jeder gesetzliche Verantwortungsgrund [432]. Kann dem Geschädigten sein Verhalten in diesem Sinne nicht zugerechnet werden, so mindert sich sein Ersatzanspruch nicht.

Gesetzlicher Verantwortungsgrund ist ein Gefährdungshaftungstatbestand. Hier wird dem Geschädigten ein Verhalten zugerechnet, das er nicht "verschuldet" hat, nämlich dann, wenn er sich seinerseits eine Betriebsgefahr einer unter Gefährdungshaftung stehenden Sache anrechnen lassen muß. Man kann dabei von einer "Gefährdungskompensation" sprechen [433]. Läßt das Gesetz den Schädiger ohne Schuld auf Grund eines besonderen typischen Betriebsrisikos haften, so wäre es völlig unbillig, den Verletzten, dessen Mitwirkungshandlung ebenfalls aus einer typischen Betriebsgefahr entstammte, dadurch besser zu stellen, daß er sich darauf berufen könnte, er habe nach § 254 BGB den Schaden nicht "mitverschuldet". § 254 Abs. I BGB setzt zur Kompensation eben nicht unbedingt Verschulden im engeren Sinne voraus, sondern nur irgendeinen gesetzlichen Verantwortungsgrund. Das Gesetz selbst spricht von den abzuwägenden Umständen - insbesondere von der Mitverursachung.

2. Zurechenbare Mitverursachung und die Tierhalterhaftung nach § 833 BGB

Es ist allgemein anerkannt, daß die Generalklausel des § 254 BGB in vollem Umfange auf die Tierhalterhaftung Anwendung findet [434]. Dies gilt von vornherein für den Fall, daß das Tier durch den Geschädigten gereizt worden ist [435]. Eine andere Lösung läßt sich unter Hinweis auf die durch § 254 BGB bezweckte Gleichstellung im Rahmen der Billigkeit auch dann finden, wenn der Halter des Tieres selbst geschädigt worden ist. Ausgangspunkt ist im deutschen Recht die vom Tier ausgehende Gefährlichkeit; bei der Tierhalterhaftung von der "Betriebsgefahr" zu reden, wäre sprachlich zu beanstanden. Wird ein Tier durch ein anderes Tier - jeweils unter den für die Gefährdungshaftung des § 833 BGB erforderlichen Voraussetzungen - oder durch ein Kraftfahrzeug

---

432) Esser, Schuldrecht, p. 279.

433) Esser, Schuldrecht, p. 280.

434) Vgl. Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. 5 zu § 254; Gottschalk, a.a.O. p. 109 f.; Scholtz, a.a.O. p. 30 ff.

435) Gottschalk, a.a.O. p. 109 f. mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung des Reichsgerichts.

verletzt und dadurch der Halter geschädigt, so ist § 254 BGB entsprechend anzuwenden[436]). Die hier vorgenommene, lediglich entsprechende Anwendung der Generalklausel beruht darauf, daß die bloße Gefährdungshaftung auch die kausale Mithaftung erzeugt.

3. Zurechenbare Mitverursachung und Reichshaftpflichtgesetz

a) Die Haftung beim Betriebe von Eisenbahnen

Die Formulierung des § 1 RHaftpflG[437]) bezüglich des Haftungsausschließungsgrundes des "eigenen Verschuldens" weist unmittelbar auf das Problem hin. Vom Gesetzestext ausgehend, könnte man folgern, daß es sich hier um eine spezielle Ausgestaltung des Kompensationsprinzips handelt, wonach bei mitwirkendem Verschulden jeglicher Ersatzanspruch entfällt, eine Abwägung im Sinne des § 254 BGB also ausgeschlossen ist. Als einige Zeit nach dem Inkrafttreten des RHaftpflG das BGB eingeführt wurde, erhob sich die Frage, ob nunmehr jene allgemein gehaltene Normierung des eigenen Verschuldens in § 1 RHaftpflG durch die Generalklausel des § 254 BGB zu modifizieren sei. Das Reichsgericht hat dies bejaht und ständig betont, daß die Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens in § 1 RHaftpflG nicht so zu geschehen habe, daß der gesamte Schadensersatzanspruch entfalle, sondern, daß die Betriebsgefahr einerseits und das mitwirkende Verschulden des Geschädigten andererseits nach Maßgabe des § 254 BGB gegeneinander abzuwägen seien[438]). Obwohl diese

---

436) Vgl. R. und R. Geigel, a.a.O. p.231; Wussow, a.a.O. p.169 (RNr. 351); Scholtz, a.a.O. p.33 ff.

437) § 1 RHaftpflG lautet: "Wenn beim Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist."

438) Grundlegend RGZ 53, 55; 53, 394; 56, 154; 62, 346; 63, 332; EE 19, 344; 20, 51, 263; 21, 14; 23, 62; 24, 44; 25, 188; 29, 108; 32, 93; 47, 383; JW 1903, 92; 1903, 136; 1904, 287; 1905, 14; 1906, 422; Recht 1907, 859; 1908, 2883; JW 1909, 469; 1911, 578, 753; 1912, 71; 1913, 144; VAE Bd. 4, p.511; RGZ 112, 284; 171, 137; 171, 354.

Meinung ständig bekämpft wurde, hat sie sich auch in der Literatur durchgesetzt[439].

In seiner grundsätzlichen Entscheidung zu dieser Frage hat der Bundesgerichtshof[440] an der Rechtsprechung des Reichsgerichts festgehalten[441] und die Abwägung zwischen Betriebsgefahr und Verschulden gebilligt[442]. Zur Begründung führt der Bundesgerichtshof aus, daß der Wortlaut des § 1 RHaftpflG eine Anwendung des § 254 BGB nicht ausschließe; es sei lediglich bestimmt, der Ersatzanspruch entfalle dann, wenn der Unfall durch eigenes Verschulden des Geschädigten verursacht worden sei; nichts werde darüber gesagt, ob der Ersatzanspruch teilweise bestehen bleibe, wenn der Unfall auf das Verhalten des Unternehmers wie auch auf ein Verschulden des Geschädigten zurückgeführt werden könne[443]. - Soweit es sich um das ausschließliche Selbstverschulden des Verletzten handelt, ist es nach § 1 RHaftpflG dem Begriff der "höheren Gewalt" gleichgestellt[444].

---

439) Biermann, Kommentar zum Reichshaftpflichtgesetz, Münster 1949, p. 113 f.; Böhmer, a.a.O. p. 36 (XIV Anm. 1 zu § 1); ders., a.a.O. p. 55 (XVI Anm. 3 zu § 1); Dronke, Eigenes Verschulden, Sonderheft zu EE 25, 33 (35 Fußn. 1); Finger, Eisenbahngesetze, 3. Aufl., München-Berlin 1952, p. 21 (Anm. 14 zu § 1 RHaftpflG); Fritsch, Handbuch der Eisenbahngesetzgebung im Deutschen Reiche und in Preußen, 3. Aufl., Berlin 1930, p. 343; R. und R. Geigel, a.a.O. p. 277 ff.; Gottschalk, a.a.O. p. 115 f.; Majer, Die Haftung der Eisenbahnen für Personenschäden nach dem Reichshaftpflichtgesetz, Diss. Tübingen 1934, p. 67 ff.; Pfleiderer, Die Haftung der Eisenbahn für Personenunfälle, Diss. Tübingen 1935, p. 76 ff.; Scholtz, a.a.O. p. 51 ff.; Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. 8 zu § 254 mit weiteren Hinweisen.
A.A. vor allem Friese, Kommentar zum Reichshaftpflichtgesetz, München-Berlin 1950, p. 108 f. (Anm. C II 4 c zu § 1); ders., Das Reichshaftpflichtgesetz und § 254 BGB, NJW 1951, 336 ff.
Weitere Hinweise auf die ablehnende Meinung finden sich bei Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. 8 zu § 254.

440) BGHZ 2, 355 = NJW 1951, 757; vgl. zur Rechtsprechung des BGH ferner: BGHZ 1, 17 (20); 9, 316 = NJW 1953, 977.

441) Das wurde ausdrücklich in den Leitsatz aufgenommen.

442) Damit sollte aber nicht gesagt werden, daß eine Abwägung von Betriebsgefahr gegen Betriebsgefahr ausgeschlossen ist.

443) So BGHZ 2, 355 (358 ff.).

444) Esser, Schuldrecht, p. 277.

Entschiedener Gegner der Übertragung des § 254 BGB in den § 1 RHaftpflG ist in jüngster Zeit Friese[445]. Aus einem Vergleich mit der Rechtsprechung zu § 1 RHaftpflG vor dem Inkrafttreten des BGB, nach welcher der Betriebsunternehmer von seiner Haftung grundsätzlich vollständig befreit war, wenn er den Nachweis eines eigenen Verschuldens des Geschädigten erbrachte[446], folgert Friese, daß die Anwendung des § 254 BGB auf § 1 RHaftpflG eine unzulässige Modifizierung jener letztgenannten Bestimmung darstelle. Zur Begründung seiner Meinung beruft er sich auf die Motive zu Art. 42 EGBGB; aus ihnen ergebe sich, daß der Gesetzgeber die Anwendung des § 254 BGB auf das Reichshaftpflichtgesetz nicht gewollt habe; außerdem wäre die Spezialbestimmung in § 1 RHaftpflG überflüssig, wenn der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des § 254 BGB insoweit gewollt hätte[447]. Diese Argumente werden vom BGH[448] widerlegt: die Motive zu Art. 42 EGBGB könnten angesichts der nach Einführung des BGB erfolgten Rechtsentwicklung "keine entscheidende Geltung mehr beanspruchen"; ferner schließe auch der Wortlaut des § 1 RHaftpflG die Anwendung des § 254 BGB nicht aus, denn hier sei nur die Frage geregelt, was zu geschehen habe, wenn der Unfall durch eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht worden sei, nicht aber die weitere Frage, wie die Haftpflichtsituation bei Vorliegen eines schädigenden Verhaltens des Unternehmers wie auch eines Verschuldens des Verletzten zu regeln sei; eine Schlechterstellung des Unternehmers durch die Anwendung von § 254 BGB sei deshalb ausgeschlossen, weil dieser auch nach § 254 BGB frei würde, wenn die Betriebsgefahr in keinem Verhältnis zum Gewicht des eigenen Verschuldens stünde.

Die wenigen Fälle, in denen spezialgesetzlich ein völliger Haftungsausschluß bei mitwirkendem Verschulden festgelegt wird, können zur Unterstützung der Meinung Frieses und seiner Anhänger nicht angeführt werden[449]. Mit gutem Grund wird darauf hingewiesen, daß gerade auch die erzieherische, die vorbeugende Funktion des Kompensationsprinzips innerhalb des § 1 RHaftpflG eine Schadensteilung notwendig mache[450]. Außerdem darf schon hier das französische Recht vergleichsweise herangezogen werden, wenn auch die Haftung für "choses inanimées" als Verschuldenshaftung ausgestaltet ist: in der französi-

---

445) Vgl. die beiden Hinweise auf Friese in Fußn. 439.

446) Nachweise finden sich bei Friese, Kommentar, p. 108 (Anm. C II 4 c zu § 1).

447) So Friese, Reichshaftpflichtgesetz, NJW 1951, 336.

448) BGHZ 2, 355.

449) Vgl. Esser, Schuldrecht, p. 277.

450) Majer, a.a.O. p. 76.

schen Rechtsprechung finden sich fast die gleichen Formulierungen für den Haftungsausschluß durch mitwirkendes Verschulden wie in § 1 RHaftpflG, und dennoch ist unbestritten, daß damit lediglich eine Teilung der Haftung gewollt ist, nicht aber ohne weiteres ein Wegfall der Haftung in toto[451]).

Aus alledem ergibt sich, daß die gegenwärtig herrschende Meinung und die Rechtsprechung zur Frage der Anwendbarkeit des § 254 BGB auf § 1 RHaftpflG richtig ist und dem Kompensationsprinzip aufs beste gerecht wird. Die Erwähnung des eigenen Verschuldens innerhalb von § 1 RHaftpflG stellt keine Spezialnormierung des Prinzips der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens dar.

b) Die Haftung beim Betriebe einer Elektrizitäts- oder Gasanlage nach § 1a RHaftpflG

Die Vorschrift des § 1a RHaftpflG wurde lange nach Inkrafttreten des Reichshaftpflichtgesetzes eingefügt, nämlich durch das Gesetz zur Änderung des Reichshaftpflichtgesetzes vom 15.8.1943[452]). Absatz IV der Bestimmung verweist ausdrücklich auf § 254 BGB. Diese Verweisung wird vor allem deshalb immer wieder betont, weil darin eine Billigung der bisherigen Rechtsprechung zu § 1 RHaftpflG gesehen wird[453]). Besonderheiten ergeben sich hier nicht, so daß auf die allgemeinen Ausführungen zum Verhältnis der Mitverursachung zur Gefährdungshaftung verwiesen werden kann[454]).

c) Die Ersatzansprüche Dritter nach § 3 RHaftpflG

§ 3 RHaftpflG entspricht der Bestimmung des § 844 BGB. Dagegen fehlt es an einer dem § 846 BGB ähnlichen Norm. Dennoch wendet die Rechtsprechung die Grundsätze für die Berücksichtigung des Mitverschuldens des unmittelbar Geschädigten innerhalb eines Drittschadensanspruchs entsprechend an[455]).

4. Zurechenbare Mitverursachung im Straßenverkehrsrecht

§ 7 StVG legt die Gefährdungshaftung für den Betrieb eines Kraftfahrzeugs fest[456]). Nach § 7 Abs. II StVG schließt das Verhalten des Geschädigten,

---

451) Vgl. o. p. 91. 452) RGBl 1943, 489.
453) Vgl. Böhmer, a.a.O. p. 55 (XVI Anm. 3) und BGHZ 2, 355 (358).
454) S.o. p. 101 f. 455) RGZ 65, 313; 69, 186 (187).
456) § 7 StVG lautet: "Wird beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder

das den Charakter eines für den Unfall unabwendbaren Ereignisses hat, die Haftung des Halters dann aus, wenn dieser die jeweils gebotene Sorgfalt beobachtet hat.

§ 9 StVG erklärt den § 254 BGB dann für anwendbar, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt hat.

Wie verhalten sich diese Vorschriften, die beide die Mitwirkung des Geschädigten an der Schadensentstehung betreffen, zueinander?

Eine Abgrenzung dahingehend, daß es für § 7 Abs. II StVG auf das Verschulden des Geschädigten ankomme, läßt sich nicht vornehmen, denn es ist auf § 7 Abs. II StVG gestützte, anerkannte Meinung, daß unter "Verhalten" auch ein unverschuldetes zu verstehen ist[457]). Immerhin muß dieses Verhalten "wenigstens objektiv von den Gepflogenheiten sorgfältiger Menschen" abweichen[458]), "denn ein normales Verhalten wird man nicht als Ursache des Unfalls bezeichnen"[459]). Die Eigentümlichkeit des solcherart in der Person des Geschädigten liegenden "unabwendbaren Ereignisses" hängt weniger mit dem Kompensationsprinzip, als vielmehr mit der Gefährdungshaftung des Fahrzeughalters zusammen. In der Festlegung der Halterhaftung weicht § 7 StVG von § 1 RHaftpflG in erheblichem Maße ab. Im Reichshaftpflichtgesetz wird ein Haftungsausschluß des Unternehmers nur gewährt, wenn der Unfall durch höhere Gewalt (also nicht schon bei sogenanntem niederem Zufall) entstanden ist, oder, wenn den Geschädigten unter Anwendung des § 254 BGB ein Verschulden trifft, das die Betriebsgefahr erheblich übersteigt. Anders § 7 StVG: Absatz II dieser Vorschrift sagt: "Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit des Fahrzeugs, noch auf einem Versagen seiner Verrichtungen beruht. Als unabwendbares Ereignis gilt ein Ereignis insbesondere dann, wenn es auf das Verhalten des Verletzten oder eines nicht bei dem Betrieb beschäftigten Dritten oder eines Tieres zurückzuführen ist und sowohl der Halter als der Führer des Fahrzeugs jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beobachtet hat." Das Gesetz teilt also die den Unfall ermöglichenden Gefahrenquellen in solche, die von "innen", d.h. aus der typischen Gefährlichkeit, der "Betriebsgefahr" des Kraftfahrzeugs, und solche, die von "außen",

---

eine Sache beschädigt, so ist der Halter des Fahrzeugs verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen."

457) Vgl. Enneccerus-Lehmann, 14. Bearbeitung, p. 1000; R. und R. Geigel, a.a.O. p. 298 f.

458) Enneccerus-Lehmann, 14. Bearbeitung, p. 1000.

459) Ebd.

nämlich als "unabwendbare Ereignisse" kommen[460]). Für die inneren, betriebstypischen Gefahren haftet der Halter unbedingt im Sinne einer reinen Kausalhaftung, es besteht für ihn keine Möglichkeit, seine Schuldlosigkeit zu beweisen[461]). Demgegenüber kann er bei Vorliegen der äußeren unabwendbaren Ereignisse, von denen das Gesetz beispielhaft auch das Verhalten des Verletzten anführt, den Entlastungsbeweis führen. Die Vorschrift des § 7 StVG stellt deshalb eine erheblich gemilderte Gefährdungshaftung dar. Es handelt sich nur um eine partielle Gefährdungshaftung, die mit einer Verschuldenshaftung unter Umkehr der Beweislast verbunden ist. Steht fest, daß es sich um einen Fall von Verschuldenshaftung innerhalb des § 7 Abs. II StVG handelt, und ist das schuldhafte oder schuldlose Verhalten des Verletzten das "unabwendbare Ereignis", dann muß der Halter nur seine Schuldlosigkeit an dem Unfall beweisen. Gelingt ihm der Beweis, so entfällt nach § 7 Abs. II StVG jegliche Schadensersatzpflicht; mißlingt er, kann § 254 BGB unmittelbar zur Anwendung kommen.

Ungeklärt ist lediglich die Frage, was § 9 StVG mit der Verweisung auf § 254 BGB will. § 9 StVG stellt bei Sachbeschädigungen das Verschulden dessen, der die Sache in Besitz hat, dem Verschulden des Verletzten gleich und normiert so eine Ausweitung des Kompensationsprinzips auf den nicht unmittelbar Geschädigten. Darüber hinaus will diese Vorschrift die Anwendbarkeit des § 254 BGB auf den Gefährdungshaftungstatbestand des § 7 StVG ausdrücklich deklarieren[462]). Erst dann, wenn feststeht, daß der Halter haftet - sei es aus der Gefährdungshaftung, sei es aus Verschulden -, ist die weitere Frage nach dem mitwirkenden Verschulden nach § 9 StVG zu stellen[463]). Hier gelten dann die allgemeinen Regeln des Kompensationsprinzips in ihrer wiederholt betonten Ausdehnung auf die Gefährdungshaftung.

Neben diesen allgemeinen Haftungsprinzipien und ihrem Zusammenhang mit dem mitwirkenden Verschulden des Geschädigten enthält das Straßenverkehrsgesetz in § 17 eine weitere Vorschrift, die den Rechtsgedanken verkörpert, der dem § 254 BGB zugrunde liegt[464]). Diese Norm stellt eine Spezialregelung dar für

---

460) Vgl. Esser, Schuldrecht, p. 952.

461) RGZ 159, 312.

462) Vgl. Müller, Straßenverkehrsrecht, 21. Aufl., Berlin 1959, Vorbem. zu § 9 StVG, p. 308.

463) Vgl. R. und R. Geigel, a.a.O. p. 298 f.; Wussow, a.a.O. p. 276 (RNr. 574).

464) So ausdrücklich R. und R. Geigel, a.a.O. p. 133 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

den Fall des internen Ausgleichs zwischen mehreren Schädigern[465]. Der Bundesgerichtshof hat sich in einem viel diskutierten Urteil[466] zu der Ansicht bekannt, daß die Verschuldensfrage innerhalb § 17 StVG keine Rolle spiele; wenn mehrere Kraftfahrzeughalter an der Schadensentstehung mitbeteiligt gewesen seien, habe schon aus dem Gesichtspunkt der Betriebsgefahr ein Ausgleich zu erfolgen. Damit werden die Abwägungsarten um eine weitere Variante vermehrt: von der Abwägung Verschulden gegen Verschulden zur Abwägung Verschulden gegen Gefährdungshaftung zur Abwägung Gefährdungshaftung gegen Gefährdungshaftung (Gefährdungskompensation) und schließlich zur Abwägung Gefährdungshaftung gegen Verschuldenshaftung. Die letzte Stufe der Entwicklungsreihe bedeutet: trifft den Schädiger ein Verschulden, so ist die Betriebsgefahr des dem geschädigten Halter gehörenden Autos ebenfalls als anspruchsmindernder Umstand zu berücksichtigen[467]. Diese Fortentwicklung entspricht den Prinzipien, die allgemein für die Haftungsabwägung gelten, auch wenn gegen diese Rechtsprechung starke Angriffe erhoben worden sind[468]. Abstrahiert das Gesetz in den hier interessierenden Fällen die Ersatzpflicht vom Verschulden, begnügt es sich in den Situationen besonderer Gefahr mit objektiven Maßstäben, dann ist und bleibt es eben immer ein "Wagnis", ein Kraftfahrzeug zu halten[469]. Dieses Wagnis besteht darin, daß dem Halter auf Grund der Gefährdungshaftung ein objektives Verhalten "zugerechnet" wird, wie es sonst nur bei Vorliegen von Verschulden geschieht. Eine solche objektive "Zurechnung"

---

465) § 17 StVG lautet: "Wird ein Schaden durch mehrere Kraftfahrzeuge verursacht und sind die beteiligten Fahrzeughalter einem Dritten kraft Gesetzes zum Ersatz des Schadens verpflichtet, so hängt im Verhältnis der Fahrzeughalter zueinander die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.
Das gleiche gilt, wenn der Schaden einem der beteiligten Fahrzeughalter entstanden ist, von der Haftpflicht, die für einen anderen von ihnen eintritt."

466) BGHZ 6, 319.
Vgl. auch BGHZ 9, 2.

467) Vgl. dazu die Rechtsprechungshinweise in der vorausgegangenen Fußnote, sowie Müller, a.a.O., Vorbem. zu § 9 StVG, p.308.

468) Insbesondere Berchtold, Anmerkung zu BGH NJW 1953, 142 f.; zum Teil auch Gerhardt, Ausgleich der Betriebsgefahr, NJW 1954, 139; vgl. auch Rasehorn, Die Betriebsgefahr, eine Fehlkonstruktion bei Ermittlung der Ausgleichsansprüche infolge Schadens durch mehrere Kraftfahrzeuge, NJW 1958, 1950.

469) Vgl. Berchtold, a.a.O. p.142.

wird immer ein Risiko darstellen, mag die Notwendigkeit der Haltung eines Kraftfahrzeugs und damit die quantitative Häufung der Gefahrenquellen noch so steigen. Wenn aber das Gesetz eine derartige "Zurechnung objektiven Verhaltens" wünscht, dann muß es auch dort Bestand haben, wo jenes Verhalten bei einem Verschulden eines anderen Halters mitwirkt. Für die gegenteilige Meinung kann kein gültiges Argument gefunden werden. Berchtold[470] sieht in der Möglichkeit einer sich in dieser Linie "stabilisierenden Rechtsprechung" eine große Gefahr; auch Gerhardt[471] tendiert offenbar zu ähnlichem Pessimismus. Doch wäre die neue Interpretation des § 17 StVG mißverstanden, wollte man daraus eine schematische Haftungsminderung ablesen. Für die konkrete Berechnung kann in allen Fällen noch so viel Spielraum bleiben, daß eine billige Haftungsteilung vorgenommen werden kann[472]. Wichtig ist allein die Feststellung, daß die zugerechnete objektive Mitverursachung nicht schlechterdings durch das schuldhafte Verhalten des Schädigers ausgeschlossen wird. Gerade für diesen Fall stellt § 17 Abs. I StVG eine Spezialvorschrift des Kompensationsprinzips dar, so daß ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 254 BGB nicht notwendig ist[473].

5. Zurechenbare Mitverursachung im Sachschadenhaftpflichtgesetz

Eine nahezu gleiche Regelung wie das Straßenverkehrsgesetz enthält das Sachschadenhaftpflichtgesetz[474]. Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings

---

470) A.a.O. p.143.

471) A.a.O. p.139

472) Insoweit ist Gerhardt, a.a.O. p.139, zuzustimmen.

473) Ebd.

474) Die in Betracht kommenden Bestimmungen lauten:
§ 1: "Wird bei dem Betrieb einer Eisenbahn oder einer Straßenbahn eine Sache beschädigt, so ist der Betriebsunternehmer verpflichtet, den Schaden zu ersetzen.
§ 2: "Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Schaden durch höhere Gewalt oder, soweit die Eisenbahn oder die Straßenbahn innerhalb des Verkehrsraums einer öffentlichen Straße liegt, durch ein unabwendbares Ereignis verursacht ist, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit der Fahrzeuge oder der Anlagen der Eisenbahn oder der Straßenbahn noch auf einem Versagen ihrer Verrichtungen beruht."
§ 3: "Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädig-

darin, daß das Sachschadenhaftpflichtgesetz eine Verschuldenshaftung, wie sie in § 7 Abs. II StVG bestimmt ist, nicht enthält. Die Haftung auf Grund des Gefährdungstatbestandes geht also im Reichshaftpflichtgesetz und im Sachschadenhaftpflichtgesetz am weitesten[475]). Abgesehen davon enthält das Sachschadenhaftpflichtgesetz genau wie das Straßenverkehrsgesetz die Normierung des Kompensationsprinzips in § 8 Abs. I. Hier handelt es sich ebenfalls um eine Spezialregelung, die mit geringfügigen Abweichungen dem Wortlaut des § 17 Abs. I StVG entspricht[476]).

6. Zurechenbare Mitverursachung im Luftverkehrsgesetz

Eine besondere Eigenart weist das Luftverkehrsgesetz auf: es regelt die Haftungsfragen zweispurig. § 33 Abs. I LVG[477]) bestimmt für Dritte, die nicht in vertraglicher Beziehung zum Luftfahrzeughalter stehen, eine Gefährdungshaftung; §§ 44 ff. LVG normieren die Haftung aus dem Beförderungsvertrag[478]). § 33 LVG stellt einen reinen Fall der Gefährdungshaftung dar; die Gründe, die als unabwendbares Ereignis oder als höhere Gewalt bei § 7 StVG von der Haftpflicht ausgeklammert sind, befreien in § 33 LVG den Halter von seiner Haftung nicht. Liegen die besonderen Voraussetzungen der Haftung nach § 33 LVG vor, so kann

---

ten oder desjenigen, der die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, mitgewirkt, so gilt § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuches."
§ 8 Abs. I: "Wird ein Schaden durch mehrere Eisenbahnen oder Straßenbahnen verursacht und sind die Betriebsunternehmer einem Dritten kraft Gesetzes zum Schadensersatz verpflichtet, so hängt im Verhältnis der Betriebsunternehmer zueinander die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden überwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. Das gleiche gilt, wenn der Schaden einem der Betriebsunternehmer entstanden ist, von der Haftpflicht des einen gegenüber dem anderen."

475) Esser, Schuldrecht, p. 954.

476) Esser, Schuldrecht, p. 956.

477) Die Bestimmung lautet: "Wird beim Betrieb eines Luftfahrzeugs durch Unfall jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Halter des Luftfahrzeugs verpflichtet, den Schaden zu ersetzen."

478) Vgl. zu dieser gesetzestechnischen Besonderheit: Esser, Schuldrecht, p. 946.

sich der Halter ausschließlich auf das in § 34 LVG[479] ausdrücklich erwähnte Mitverschulden des Geschädigten nach § 254 BGB berufen. Die strenge Form dieser Luftverkehrshaftpflicht ist offenkundig, in ihrer Verschärfung gegenüber dem Straßenverkehrsrecht auch durchaus verständlich[480]. Doch hat der Gesetzgeber das mitwirkende Verschulden als Minderungs- oder Ausschließungsgrund der Halterhaftung in den Gesetzestext aufgenommen. Die Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens ist jedoch auf Grund der prinzipiellen Bedeutung des Mitverschuldensgedankens so notwendig, daß eine besondere Erwähnung des mitwirkenden Verschuldens entbehrlich gewesen wäre. Eine Spezialnorm liegt demnach in § 34 LVG nicht vor. Die dezidierte Forderung des Gesetzgebers mag als besondere Hervorhebung der Tatsache angesehen werden, daß § 254 BGB auch auf die Fälle der Gefährdungshaftung anwendbar ist.

Für den Fall, daß mehrere Luftfahrzeuge den Schaden verursacht haben, gelten nach § 41 LVG die schon bei § 17 StVG behandelten Grundsätze, wieder mit der Maßgabe, daß es sich hier um eine spezielle Ausgestaltung des Kompensationsprinzips handelt[481].

7. Zurechenbare Mitverursachung in den Schadensersatzfällen der Zivilprozeßordnung: §§ 302 Abs. IV, 600, 717 Abs. II und 945 ZPO

Die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung, die Schadensersatzansprüche geben, also die §§ 302 Abs. IV, 600, 717 Abs. II und 945, setzen in der Person des Verpflichteten kein Verschulden voraus. Die Haftung beruht in diesen Fällen einzig und allein auf der Gefährlichkeit der prozessualen Maßnahme. Ohne daß der endgültige Ausgang des Prozesses gesichert ist, erlaubt die Prozeßordnung

---

479) Die Bestimmung lautet: "Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt, so gilt § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuches; bei Beschädigung einer Sache steht das Verschulden desjenigen, der die tatsächliche Gewalt darüber ausübt, dem Verschulden des Verletzten gleich."

480) Vgl. Esser, Schuldrecht, p.947.

481) Vgl. zur Anwendbarkeit des § 254 BGB auf die Gefährdungshaftung des Luftverkehrsgesetzes insbesondere auch die Literatur zu § 20 LVG alter Fassung der den gleichen Wortlaut hatte wie die heute geltende Bestimmung des § 34 LVG: Schleicher-Reymann, Recht der Luftfahrt, Kommentar zur deutschen Luftfahrtgesetzgebung, 2. Aufl., Berlin 1937 mit Nachtrag, p.126.

Vgl. auch R. und R. Geigel, a.a.O. p.455.

in den genannten Fällen Maßnahmen, die bereits den endgültigen Ausgang des Rechtsstreits vorwegnehmen, deshalb aber, weil sie möglicherweise nur "vorläufig" sein werden, durch besonderen Schutz der anderen Partei gedeckt werden müssen. Aus diesem Grunde muß die Schadensersatzpflicht, dem gesetzlich gebilligten Risiko der vorläufig unterliegenden Partei Rechnung tragend, vom Verschuldensgrundsatz gelöst sein. Demjenigen, der sein Recht, das noch in der Schwebe ist, auf Grund der ihm durch die gerichtliche Entscheidung verliehenen Befugnis, schon jetzt verwirklichen darf, als ob sein endgültiges Recht sicher oder doch wahrscheinlich wäre, wird sein objektives Handeln zugerechnet. Die Konsequenzen für ein etwaiges Mitverschulden des nach den genannten Vorschriften Ersatzberechtigten müssen deshalb genau so wie bei den übrigen Fällen der Gefährdungshaftung erkannt und eingeordnet werden. Seit langem hat sich allgemein die Meinung durchgesetzt, daß § 254 BGB anwendbar ist[482]. Die Schwierigkeiten der Anwendung der Generalklausel auf das Prozeßrecht sind allenfalls rein technischer Art[483].

II. DAS SCHWEIZERISCHE RECHT

1. Zurechenbare Mitverursachung und Gefährdungshaftung im allgemeinen

Auch im schweizerischen Recht ist zu prüfen, ob innerhalb der Fälle der Gefährdungshaftung das mitwirkende "Verschulden" des Geschädigten unter Anwendung des Art. 44 OR berücksichtigt werden kann. Im folgenden sollen verschiedene Einzelfälle der Gefährdungshaftung im schweizerischen Recht daraufhin untersucht werden; dabei wird zu zeigen sein, ob und wie in diesen Fällen Spezialnormierungen das Prinzip der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens modifizieren. Vorab genügt die Feststellung, daß das schweizerische Recht den Wesensgehalt des Mitverschuldens und seiner Berücksichtigung so hoch wer-

---

482) RGZ 54, 345 (347); 143, 118 (121); RG WarnRspr. 1909, Nr. 282; 1911, Nr. 82; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Tübingen 1956, Anm. II 6 zu § 717 und Anm. I zu § 945; Haager, in RGRK, 11. Aufl., Berlin 1960, Vorbem. 4 a zu § 823 BGB; Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. 7 zu § 254 mit weiteren Hinweisen.

483) Vgl. dazu Cohn, a.a.O. p. 96 ff. (410 ff.); Gottschalk, a.a.O. p. 116 f.

tet, daß es prinzipiell die gleichen Grundsätze, die Art. 44 OR für den Bereich der Verschuldenshaftung aufgestellt hat, ohne weiteres auf die Gefährdungshaftung übernimmt: es "... ist dem Selbstverschulden bei der Kausalhaft in gleicher Weise Rechnung zu tragen, wie bei der Haftung aus Verschulden; es ist etwa nicht milder zu beurteilen"[484]. In die deutsche Rechtsterminologie übertragen heißt das, daß Art. 44 OR kein beiderseitiges Verschulden voraussetzt[485]. Trotzdem bedarf es eines näheren Eingehens auf die einzelnen Fälle der Gefährdungshaftung, die auch im schweizerischen Recht abschließend geregelt sind.

2. Zurechenbare Mitverursachung bei der Werkhaftpflicht nach Art. 58 OR

Art. 58 Abs. I OR bestimmt, daß der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werks[486] den Schaden zu ersetzen hat, der infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursacht worden ist. Die Norm enthält einen Bauschädenhaftpflichttatbestand. Anders als § 836 BGB hat der schweizerische Gesetzgeber die Bauschädenhaftung als Gefährdungshaftung ausgestaltet[487]. Innerhalb dieser sogenannten Werkhaftpflicht findet Art. 44 OR, insbesondere das Berücksichtigungsgebot des mitwirkenden Verschuldens, uneingeschränkte Anwendung. "Selbst die nachgewiesene Werkunvollkommenheit löst daher keine Werkhaftung aus, wenn eine vorwurfsfreie Benutzung die durch den Zustand des Werks geschaffene Gefahr vermeiden konnte"[488]. Zu unterscheiden ist das Selbstverschulden, das zur völligen Entlastung führen kann[490]. Im einzelnen hängt also die Haftung davon ab, welchen Sicherheitsgrad der Geschädigte für sich oder seine Sachen von dem Werk erwarten und voraus-

---

484) Schärer, a.a.O. p.209 unter Berufung auf BGE 60 II 153.

485) Vgl. zu dieser Folgerung auch die allgemeinen Ausführungen von Häberlin, a.a.O. p.91; ferner: Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 18 zu Art. 44.

486) Werke in diesem Sinne sind stabile, mit der Erde direkt oder indirekt verbundene, künstlich hergestellte oder angeordnete Gegenstände. Vgl. dazu Oftinger, a.a.O., Bd. II/1, p.31.

487) Oftinger, a.a.O., Bd. II/1, p.6 ff.

488) Jost, Der Haftpflichtprozeß in der Schweiz, Bern 1951, p.18.

489) Vgl. Oftinger, a.a.O., Bd. II/1 p.66 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

490) Oftinger, a.a.O., Bd. II/1 und hier insbesondere die Fußnote 301.

setzen durfte. Eine für den Geschädigten erkennbare Gefahr erfordert von ihm erhöhte Sorgfaltspflicht, wendet er sie nicht auf, so liegt mitwirkendes Verschulden vor[491]). Der Rechtszustand ist also, soweit es die Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens anbetrifft, derselbe wie bei § 836 BGB.

3. Zurechenbare Mitverursachung bei der Tierhalterhaftung nach Art. 56 OR

Wie im deutschen Recht handelt es sich bei der Bestimmung des Art. 56 OR um eine Haftung ohne Verschulden[492]). Ein wesentlicher Unterschied beider Rechtsordnungen liegt darin, daß es die in § 833 BGB vorausgesetzte Unterteilung in Nutz- und Luxustiere im schweizerischen Recht nicht gibt. Jede Tierart unterliegt dem Art. 56 OR[493]). Seine besondere Eigenart erhält dieser Rechtssatz durch besondere Haftbefreiungsmöglichkeiten des Tierhalters, die aber das Charakteristikum der Kausalhaftung nicht beseitigen[494]). Das erfordert eine Erklärung. Bei allen Kausalhaftungstatbeständen werden drei allgemeine Entlastungsgründe des Haftpflichtigen anerkannt: höhere Gewalt, Selbstverschulden und Drittverschulden[495]). Liegt einer dieser drei Entlastungsgründe vor, wobei die Beweislast den Haftpflichtigen trifft, so ist der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Haftpflichtigen und der Schadensentstehung "abgebrochen"[496]). Die Haftung entfällt somit. Darüber hinaus tritt für den Tierhalter eine Haftungsbefreiung ein, wenn er nachweist,

1. "daß er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres angewendet habe", oder
2. "daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre".

Diese beiden besonderen Befreiungsgründe beruhen darauf, daß das Gesetz zu Lasten des Halters eine Sorgfaltspflicht unterstellt[497]). Beim Schadenseintritt

---

491) Jost, a.a.O. p.18; vgl. außerdem: Schärer, a.a.O. p.89; BGE 36 II 191; 41 II 689; 41 II 701; 55 II 87; 59 II 167, 181; 60 II 348; SJZ 21, 342.

492) Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 69 zu Art. 41 stellvertretend für alle anderen.

493) Oftinger, a.a.O., Bd. II/1 p.197.

494) Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 69 zu Art. 41 OR bezeichnen sie in diesem Zusammenhang als "Zufallshaft im Haftpflichtrecht".

495) Oftinger, a.a.O., Bd. II/1, p.215 f.

496) Ebd.

497) S.o. p. 98 f.

wird die Verletzung dieser Pflicht vermutet[498]). Zur Verdeutlichung sei auf die Fälle hingewiesen, wo die Haftung ohne Verschulden auf der bestehenden Betriebsgefahr beruht. In diesen "echten" Gefährdungshaftungsfällen sind dem Haftpflichtigen besondere Befreiungsgründe nicht gewährt worden; es handelt sich dann "um eine vorbehaltlose Kausalhaftung, deren Rechtsgrund lediglich in dem Billigkeitsmoment des Interessenausgleichs liegt ..."[499]). Umgekehrt ergibt sich, daß der Tatbestand der Tierhalterhaftung eine Kausalhaftung "mit Vorbehalt" [500]) darstellt. Bei Art. 56 OR darf deshalb nicht von "Exkulpationsbeweis" gesprochen werden. Oftinger[501]) nennt diesen spezifischen Beweis des Art. 56 OR "besonderen Befreiungsbeweis". Das Bundesgericht spricht von einem "bestimmt umschriebenen Exzeptionsbeweis"[502]).

Für die Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens gilt:

a) normalerweise wird bei mitwirkendem Verschulden des durch das Tier Geschädigten dem Halter der besondere Befreiungsbeweis gelingen[503]);
b) gelingt der besondere Befreiungsbeweis nicht, dann kann der Halter das mitwirkende Verschulden des Geschädigten nach den Grundsätzen des Art. 44 OR geltend machen[504]).

Im letzten Fall also werden sämtliche Regeln des Art. 44 OR ohne weiteres auf die Tierhalterhaftung übernommen[505]).

---

498) Oftinger, a.a.O., Bd. II/1, p. 150.
499) BGE 35 II 243, zitiert nach Oser-Schönenberger, a.a.O., I. Teil, Anm. 11 zu Art. 58 (Hervorhebung vom Verfasser).
500) Nämlich vorbehaltlich des Gelingens des Befreiungsbeweises.
501) A.a.O., Bd. II/1, p. 153.
502) BGE 34 II 270 und seither ständig.
Vgl. dazu die kritischen Bemerkungen Oftingers, a.a.O., Bd. II/1, p. 153.
503) Häberlin, a.a.O. p. 81 f.
504) Ebd.
505) Vgl. Schärer, a.a.O., p. 76 mit Hinweisen auf BGE 39 II 264; 41 II 244; 50 II 193 (Erw. 2); 64 II 379; ZBJV 65, 229; SJZ 13, 213.

4. Zurechenbare Mitverursachung im Eisenbahnhaftpflichtgesetz

Grundlage für die Haftung ist Art. 1 EHG[506]. Dem Wortlaut dieser Bestimmung zufolge, der im wesentlichen mit § 1 RHaftpflG übereinstimmt, wäre das Mitverschulden in spezialgesetzlicher Ausgestaltung ein absoluter Haftungsausschließungsgrund und für eine Abwägung im Sinne der Generalklausel des Art. 44 OR deshalb kein Raum.

Man war sich jedoch recht bald darüber einig, daß diese Bestimmung einengender Auslegung bedarf[507]. Nach unbestrittener Ansicht ist das mitwirkende Verschulden nur dann geeignet, die Haftpflicht der Eisenbahn insgesamt auszuschließen, wenn dieses Mitverschulden als hauptsächliche Ursache für den Schadenseintritt in Betracht kommt[508]. Es ist dogmatisch konsequent, daß man dem Grad des Verschuldens keinerlei Bedeutung beimißt; so kann also auch leichtes Verschulden des Geschädigten, sofern es nur die einzig relevante Ursache am Schaden darstellt, die Haftung des Unternehmers ausschließen. Eine Rückschau auf die deutschen Rechtslehren bei § 1 RHaftpflG[509] verstärkt den Beweis für die Richtigkeit der deutschen herrschenden Meinung. In den sicher überwiegenden Fällen, in denen das mitwirkende Verschulden des Geschädigten bei einem mit dem Eisenbahnbetrieb zusammenhängenden Unfall nicht die einzige Ursache darstellt, hilft Art. 5 EHG[510] weiter. Hier findet sich die

---

506) Art. 1 EHG lautet: "Wenn beim Bau oder Betrieb einer Eisenbahn oder bei Hilfsarbeiten, mit denen die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebes verbunden ist, ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Inhaber der Eisenbahnunternehmung für den daraus entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt, durch Verschulden Dritter oder durch Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist. ...".

507) Vgl. z.B. Häberlin, a.a.O. p.88 f. mit weiteren Hinweisen.

508) Grundlegend BGE 33 II 21; vgl. ferner: BGE 35 II 20 und 546; 37 II 96; 38 II 655; 42 II 388; 50 II 409; 62 II 135; ZBJV 65, 224; Häberlin, a.a.O. p.88 f.; Schärer, a.a.O. p.182; Jost, a.a.O. p.102.
Die alleinige Ursache wird in BGE 53 II 86 wie folgt definiert: "Alleinige Ursache ist nur dann anzunehmen, wenn das Verhalten des Verletzten so war, daß nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens beim Betrieb nicht damit gerechnet werden konnte."

509) S.o. p. 103 ff.

510) Art. 5 EHG lautet: "Trifft den Getöteten oder Verletzten ein Teil der Schuld an dem Unfall, so kann der Richter die Entschädigung

konkrete gesetzliche Bestimmung, die den Grundsatz der Berücksichtigung des Mitverschuldens beim Zusammentreffen von Kausalhaftung (bei der Bahn) und von Verschuldenshaftung (beim Geschädigten) übernimmt[511]). Bei dieser gesetzlichen Gestaltung des Kompensationsprinzips im Eisenbahnhaftpflichtrecht bleibt lediglich ein Problem ungelöst: es sind Fälle denkbar, in denen das Mitverschulden des Geschädigten geeignet ist, als "alleinige Ursache" nach Art. 1 EHG die Betriebsgefahr der Bahn auszuschließen, daß aber auch auf Seiten der Bahn nicht nur die Betriebsgefahr, sondern konkretes, wenn auch leichtes, Verschulden vorliegt. Weder Art. 1 noch Art. 5 EHG tragen dieser Möglichkeit Rechnung. Die Rechtsprechung nimmt in solchen Fällen eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens vor und kommt dadurch zu einer Haftungsminderung[512]). Dennoch ist wegen der Exklusivität des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes eine unmittelbare Anwendung von Art. 44 OR ausgeschlossen. Maßgebend ist und bleibt Art. 5 EHG, wobei aber das Prinzip von Art. 44 OR wirksam ist.

5. Zurechenbare Mitverursachung im Elektrizitätsgesetz

Den oben für das Eisenbahnhaftpflichtrecht dargelegten Grundsätzen folgt im wesentlichen auch das Elektrizitätsgesetz in seinen Art. 27[513]) und 36

---

unter Würdigung aller Umstände nach Verhältnis ermäßigen." (Hervorhebungen vom Verfasser).

511) Näheres dazu bei Schärer, a.a.O. p. 184 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung: BGE 33 II 22; 35 II 20; 42 II 388; 53 II 85; vgl. auch Häberlin, a.a.O. p. 89 für die durch Verweisung ermöglichte Anwendung dieser Grundsätze auf das Postgesetz (Art. 95).

512) BGE 50 II 407 ff.; 57 II 430.
Oftinger, a.a.O., Bd. II/1, p. 364 und 366 (hier mit vielen Beispielen aus der Rechtsprechung), nennt diesen Tatbestand: "Reduktion des Schadensersatzes im Falle der Konkurrenz von bahnseitigem Verschulden mit Selbstverschulden".

513) Art. 27 ElG lautet: "Wenn durch den Betrieb einer privaten oder öffentlichen Schwach- oder Starkstromanlage eine Person getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebsinhaber für den entstandenen Schaden, wenn er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch Verschulden oder Versehen Dritter oder durch grobes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht wurde.
In gleicher Weise besteht die Haftpflicht für Schädigung an Sachen, jedoch nicht für Störungen im Geschäftsbetrieb."

Abs. I[514]). Zwar ist in Art. 27 EIG "grobes" Verschulden des Geschädigten erforderlich, für die Praxis hat jedoch diese Differenzierung zwischen "alleiniger Ursache" beim Eisenbahnhaftpflichtrecht und dem "groben Verschulden" keinerlei Bedeutung[515]). Es kann insoweit auf die Darstellung des Eisenbahnhaftpflichtrechts verwiesen werden[516]). Stellt sich das Verschulden des Geschädigten nicht als grob im Sinne von Art. 27 EIG dar[517]), so erfolgt keine gänzliche Haftbefreiung des Unternehmers, sondern eine Teilung der Haftung in Anwendung der zu Art. 44 OR entwickelten Grundsätze über Art. 36 Abs. I EIG[518]).

6. Zurechenbare Mitverursachung im Straßenverkehrsrecht

Die für den Betrieb von Eisenbahnen und für die Elektrizitätsversorgung aufgestellten Richtlinien gelten auch für das schweizerische Straßenverkehrsrecht. Diese Richtlinien gelten als "klassisches Schema"[519]). Rechtsquelle für die Haftung des Kraftfahrzeughalters ist das Bundesgesetz über den Straßenverkehr vom 19. Dezember 1958 (SVG). Dieses Straßenverkehrsgesetz hat das 1932 erlassene Motorfahrzeuggesetz (MFG) abgelöst. Im wesentlichen hat sich die bisherige Rechtslage bezüglich des hier interessierenden Problemkreises durch das neue Gesetz nicht verändert.

Die Halterhaftung ist eine Kausalhaftung im Sinne einer Gefährdungs- beziehungsweise Betriebshaftung nach schweizerischer Terminologie[520]). Nach Art. 58 Abs. I SVG haftet der Motorfahrzeughalter grundsätzlich für den Schaden, der durch den Betrieb seines Fahrzeugs verursacht worden ist. Von dieser Haftung befreit ihn der Nachweis, daß höhere Gewalt, Selbstverschulden oder Drittver-

---

514) Art. 36 Abs. I EIG lautet: "Für die Bemessung der Entschädigung sind die Bestimmungen des Obligationenrechts maßgebend."

515) So wiederholt: Schärer, a.a.O. p.209 und p.182.

516) S.o. p. 117 f.

517) Oftinger, a.a.O., Bd. II/1, p.431, vermerkt, daß das Bundesgericht in keinem in den üblichen Periodika veröffentlichten Urteile vollständige Entlastung wegen Selbstverschuldens gewährt habe.

518) BGE 42 II 394; 60 II 152.

519) Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/2, 2. Aufl., Zürich 1962, p.451.

520) S.o. p.98 f.

schulden vorgelegen habe (Art. 59 Abs. I SVG). Zusätzlich muß der Halter jedoch nach Art. 59 Abs. II den Exkulpationsbeweis führen. Das bedeutet: "Der Halter haftet als Kausalhaftpflichtiger schon ohne Verschulden für den ganzen Schaden. Belastet ihn zusätzlich ein Verschulden, so sollte dies seine Stellung verschlechtern, weil er jetzt für zwei Anknüpfungspunkte der Haftung einzustehen hat: den Betrieb, der die Kausalhaftung nach sich zieht (SVG 58 I) und das Verschulden. Indes kann man nicht für mehr als den ganzen Schaden haften, und deshalb scheint das Verschulden zunächst ohne Wirkung zu bleiben. Wenn jedoch ein Grund zur Schadenersatzreduktion besteht, dann aktualisiert sich das Verschulden, indem man ihm die Wirkung beimißt, jenen Grund, z.B. und vor allem das Selbstverschulden, ganz oder zum Teil zu neutralisieren, so daß die Schadenersatzreduktion zum Nachteil des Kausalhaftpflichtigen insoweit unterbleibt"[521]. Damit ist der Wesensgehalt der schweizerischen Regel knapp und treffend mitgeteilt. Die Reduktion des Schadensersatzes erfolgt auf der Grund lage von Art. 59 Abs. II SVG, der es dem Richter überantwortet, sofern die totale Entlastung mißlungen ist, "die Ersatzpflicht unter Würdigung aller Umstände" zu bestimmen[522]. Auch diese Regelung gilt exklusiv. Eine direkte Anwendung von Art. 44 OR ist verboten. Die Grundsätze, nach welchen die Schadensverteilung erfolgt, entsprechen jedoch der Generalklausel des Art. 44 OR.

Im einzelnen sind folgende Möglichkeiten denkbar[523]:

a) Der an sich haftpflichtige Kraftfahrzeughalter wendet Selbstverschulden ein; der Beweis dieses Selbstverschuldens des Geschädigten glückt ihm: völlige Entlastung des Halters.

b) Der Haftpflichtige, den seinerseits kein Verschulden trifft, wendet Selbstverschulden ein; das Selbstverschulden stellt sich nur als leichtes dar und ist als solches nicht geeignet, den Kausalzusammenhang abzubrechen: Reduktion des Schadensersatzes, d.h. quotale Verteilung des Schadens auf Schädiger und Geschädigten "unter Würdigung aller Umstände".

c) Den kausalhaftpflichtigen Halter trifft ein zusätzliches Verschulden (dieses Verschulden kann entweder tatsächlich festgestellt sein oder es gilt infolge mißlungener Exkulpation als feststehend); Selbstverschulden des Geschädigten steht fest: hier ist nach dem Grad des Verschuldens des Halters zu unterscheiden. Grobes Verschulden des Halters verbietet bei ledig-

521) Oftinger, a.a.O., Bd. II/2, p. 628.
522) Vgl. Oftinger, a.a.O., Bd. II/2, p. 630.
523) Ebd.

lich leichtem Selbstverschulden die Reduktion; hier bleibt der Halter voll ersatzpflichtig. Bei Zusammentreffen von grobem Selbstverschulden und leichtem oder grobem Verschulden des Halters wird der Schadensersatz quotal reduziert.

d) Nach der schweizerischen Regelung tritt eine Erhöhung der Betriebsgefahr ein, wenn das Fahrzeug fehlerhaft beschaffen war. Den Halter trifft die Beweislast für die Abwesenheit erhöhter Betriebsgefahr. Gelingt ihm zwar der Beweis, es habe Selbstverschulden vorgelegen, mißlingt ihm aber der Nachweis, erhöhte Betriebsgefahr liege nicht vor, dann wird auch in diesem Falle keine völlige Entlastung des Halters gewährt, sondern eine verhältnismäßige Reduktion des Anspruchs vorgenommen.

Das schweizerische Straßenverkehrsgesetz hat schließlich auch dem Fall Beachtung geschenkt, daß mehrere Kraftfahrzeuge an der Schadensentstehung beteiligt sind und zwar in der Weise, daß es zu einer Haftungskollision der beteiligten Halter untereinander kommt[524]. Stoßen mehrere Kraftfahrzeuge verschiedener Halter zusammen, und erleidet einer von ihnen einen Schaden, so muß zunächst gefragt werden, ob gegenüber seinem Ersatzanspruch der Einwand des Selbstverschuldens als allgemeiner Befreiungsgrund möglich ist. Art. 59 Abs. I SVG gilt auch in diesem Fall[525]. Gelingt eine derartige Entlastung nicht, so greift nunmehr Art. 61 SVG ein. Nach Abs. I der genannten Bestimmung "wird der Schaden den Haltern aller beteiligten Motorfahrzeuge zu gleichen Teilen auferlegt, sofern nicht die Umstände, namentlich das Verschulden, eine andere Schadenstragung rechtfertigen". Das Gesetz geht grundsätzlich davon aus, daß die Betriebsgefahren gleich groß sind[526]. Da in diesem Regelfall den Haltern die Schadenstragung zu gleichen Teilen auferlegt ist, trägt praktisch, wenn zwei Halter beteiligt sind, "jeder Halter die Hälfte seines eigenen Schadens, und die andere Hälfte wird ihm vom anderen Halter ersetzt"[527]. Liegt nun aber zusätzliches Verschulden bei einem oder mehreren Haltern vor, oder ist die von den verschiedenen beteiligten Fahrzeugen ausgehende Betriebsgefahr erheblich verschieden[528], so ist der Schaden diesen Umständen angepaßt anders zu verteilen.

---

524) Vgl. dazu Oftinger, a.a.O., Bd. II/2, p. 648 ff.
525) Oftinger, a.a.O., Bd. II/2, p. 652 f.
526) Oftinger, a.a.O., Bd. II/2, p. 654.
527) Ebd.
528) Ebd.

7. Zurechenbare Mitverursachung im Luftrecht [529]

Rechtsquelle ist das Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (LFG). Soweit das Problem der Mitverschuldensberücksichtigung zur Rede steht, ist die Rechtslage verhältnismäßig einfach. Die Haftung des Halters gegenüber den am Luftverkehr unbeteiligten Drittpersonen (Art. 64 ff. LFG) stellt eine reine Kausalhaftung dar [530]. Ein Mitverschulden des Geschädigten kann zu einer Milderung oder Ausschließung der Haftung führen [531]. Dies ergibt sich aus Art. 79 LFG [532], der auf die Vorschriften des schweizerischen Obligationenrechts verweist, also auch auf Art. 44 OR.

8. Zurechenbare Mitverursachung in den Schadensersatzfällen des Zivilprozeßrechts [533]

Die Frage, ob und wie das mitwirkende Verschulden im schweizerischen Zivilprozeßrecht berücksichtigt wird, läßt sich nicht ohne weiteres beantworten. Die gesamte Prozeßrechtssituation ist verfassungsmäßig bedingt eine andere als in Deutschland. Die Gesetzgebungskompetenz zum Erlaß von zivilprozessualen Gesetzen liegt nicht beim Bund, sondern bei den einzelnen Kantonen. Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 regelt lediglich das Verfahrensrecht vor dem Bundesgericht als Berufungs- und Beschwerdeinstanz, nicht das Verfahren vor den Kantonsgerichten.

Auch das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozeß vom 4. Dezember 1947 greift nicht in die Gesetzgebungskompetenz der Kantone ein; es regelt lediglich den Prozeß vor dem Bundesgericht, wenn dieses erstinstanzlich tätig wird.

Daraus ergibt sich, daß eine Bundesprozeßordnung nur insoweit besteht, als es das Verfahren vor dem Bundesgericht, sei es in erster Instanz oder in Berufungs- und Beschwerdesachen, betrifft. Alle Untergerichte verfahren nach kantonalen Prozeßrechten.

---

529) Vgl. dazu insbesondere: Riese, Luftrecht, Stuttgart 1949.

530) Riese, a.a.O. p.350.

531) Riese, a.a.O. p.351.

532) Art. 79 LFG lautet: "Soweit die Artikel 64 bis 78 sowie die zu ihrer Ausführung vom Bundesrate erlassenen Vorschriften nichts anderes bestimmen, gelten die Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts".

533) Wertvolle Informationen hierzu verdanke ich Herrn Assistent Rechtsanwalt Dr. Bucher, Zürich.

a) Das kantonale Prozeßrecht

Im Vordergrund der Problemstellung stehen die Schadensersatzfälle, die auf Grund vorläufiger, provisorischer Maßnahmen eintreten können, zum Beispiel einstweiliger Verfügungen, Arreste und dergleichen. Art. 58 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege bestimmt, daß zum Erlaß einstweiliger Verfügungen die Kantone zuständig bleiben. Demnach kann nur die kantonale Prozeßordnung Aufschluß darüber geben, ob im Falle eines durch die vorläufige Maßnahme entstehenden Schadens das mitwirkende Verschulden des Geschädigten zu berücksichtigen ist.

Die Mehrheit der 25 kantonalen Prozeßordnungen enthält die Bestimmung, daß der Erlaß von einstweiligen Verfügungen von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden kann[534]). Wird von der Sicherheitsleistung abgesehen, so besteht die große Gefahr eines Schadenseintritts für den Antragsgegner. Für diese Fälle ist deshalb regelmäßig eine Schadensersatzpflicht vorausgesetzt.

Ob diese Schadensersatzpflicht an ein Verschulden gebunden ist, oder wie im deutschen Recht, lediglich auf der besonderen Gefährlichkeit der Durchführung vorläufiger Prozeßmaßnahmen beruht, regelt ebenfalls jeweils die kantonale Prozeßordnung[535]). Einheitlichkeit bei dieser Regelung besteht nicht[536]).

Ungeachtet dessen erhebt sich die Frage, ob und wie das mitwirkende Verschulden zu berücksichtigen ist. Eine spezialgesetzliche Vorschrift über das mitwirkende Verschulden findet sich in keiner der 25 Prozeßordnungen. Weder in der zitierten Literatur noch in den amtlichen Entscheidungssammlungen konnte ein Hinweis auf die Art der Mitverschuldensberücksichtigung gefunden werden.

Das mitwirkende Verschulden muß aber auf Grund der allgemeinen Generalklausel des Art. 44 OR auch im Prozeßrecht berücksichtigt werden. "Gerade auf dem Gebiet des Prozeßrechts bleibt der richterlichen Rechtsfindung und Lückenfüllung ein verhältnismäßig weiter Spielraum offen; es ist wohl möglich, daß das Gericht den für das materielle Recht in Art. 44 Abs. I OR niedergelegten Grundsatz analog im Prozeßrecht anwenden würde"[537]).

---

534) Guldener, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Zürich 1958, p. 389.

535) BGE 41 III 132.

536) Guldener, a.a.O. p. 389; vgl. für den Kanton Zürich: Sträuli-Hauser, Gesetz betreffend den Zivilprozeß, Zürich 1939, p. 140, 428 und die hier zitierten Entscheidungen.

537) So Herr Assistent Rechtsanwalt Dr. Bucher in einem Brief vom 24.5.1961 an den Verfasser.

Ebenso wie bei der einstweiligen Verfügung kann bei der vorläufigen Maßnahme des Arrestes ein Schaden entstehen. War die "Verarrestierung ungerechtfertigt", so haftet der Gläubiger für den Schaden nach Art. 273 Abs. I des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889. In diesen Fällen ist es allgemein anerkannt, daß das mitwirkende Verschulden des Arrestgegners auf Grund der Generalklausel zu berücksichtigen ist. "Es versteht sich von selbst, daß der Arrestnehmer den Schaden nicht zu vertreten hat, wenn feststeht, daß der Geschädigte selber durch eigenes Verschulden den Arrest veranlaßt hat, über den er sich beklagt, oder den Schaden, den dieses Vorgehen mit sich gebracht hat" 538).

b) Das Bundesprozeßrecht

Das eingangs erwähnte Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 enthält keine Bestimmung über Schadensersatzfälle durch prozessuale Maßnahmen. Demgegenüber bestimmt Art. 84 Abs. I des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozeß vom 4. Dezember 1947: "Der durch vorsorgliche Verfügung oder durch vorläufige Maßnahmen entstandene Schaden ist zu ersetzen, wenn der Anspruch, für den sie bewilligt wurden, nicht zu Recht bstand oder nicht fällig war." Urteile zu dieser Bestimmung sind jedoch in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts nicht veröffentlicht worden, so daß hier keine neuen Gesichtspunkte anzuführen sind. Auch bei dieser Vorschrift müßte demnach das mitwirkende Verschulden des Geschädigten auf Grund der Generalklausel des Art. 44 OR berücksichtigt werden.

III. DAS FRANZÖSISCHE RECHT

1. Zurechenbare Mitverursachung und Gefährdungshaftung im allgemeinen

Im französischen Recht ist die Problematik hinsichtlich der Berücksichtigung mit-

---

538) BGE 25 II 98 (Erw. 2).
Vgl. ferner: BGE 19, 442 (Erw. 2); 31 I 618; 31 II 257; 34 II 81, 83, 283; 41 III 135; 46 I 486, 489; 47 I 180; 47 II 472 (Haftung ohne Verschulden); 64 III 110 (Erw. 2), 113 (Erw. 3); 67 III 93, 95 (Erw. 2); 80 III 35; ferner: Fritzsche, Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung, Bd. II, Zürich 1955, § 61; Jaeger-Daeniker, Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911 bis 1945, Bd. I, Zürich 1947, Bem. zu Art. 273.

wirkenden Verschuldens innerhalb von Gefährdungshaftungstatbeständen wesentlich geringer als im deutschen Recht. Das beruht einzig und allein auf der verschwindend kleinen Zahl echter Haftungstatbestände ohne Verschulden. Es wurde bereits erwähnt, daß die bedeutsamsten Fälle, nämlich Eisenbahn- und Straßenverkehrshaftpflichtrecht, von dieser Untersuchung ausgeklammert werden müssen, weil sie als "choses inanimées" dem Verschuldensprinzip des art. 1384 C.c. unterliegen. Erste gesetzliche Anerkennung des Kausalhaftungsprinzips erfolgte im Gesetz vom 9. April 1898 betreffend die Arbeitsunfälle [539]). Obwohl sich Mazeaud-Tunc [540]) auch hier sehr vorsichtig zu der Anerkennung des Prinzips der Haftung ohne Verschulden äußern, können sie nicht umhin, wenigstens die Regelung der Haftung im Code de l'air [541]) als Gefährdungshaftung auf der Grundlage der "théorie du risque" anzuerkennen. Innerhalb dieser besonderen Haftung ist das mitwirkende Verschulden nach herrschender Meinung zu berücksichtigen.

2. Zurechenbare Mitverursachung im Code de l'air

Die Haftungsgrundlage für Unfälle, die mit dem Betrieb eines Luftfahrzeugs zusammenhängen, bietet art. 36 (früher art. 53) des Code de l'air [542]). Die Terminologie der französischen Rechtslehre läßt erkennen, wie schwer die Befreiung vom traditionellen Verschuldensprinzip selbst im Luftrecht fällt: "La présomption de responsabilité, en droit aérien, est en effet absolue et donne lieu à une responsabilité objective qui n'est plus fondée - comme dans l'art.

---

539) Dieses Gesetz wird als öffentlich-rechtliches im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt.

540) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. I, p.82 ff. (n° 78 ff.).

541) Loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne, in der Fassung des Décret du 30 novembre 1955.

542) Art. 53 des Gesetzes vom 31. Mai 1924 lautete: "L'exploitant d'un aéronef est responsable de plein droit des dommages causés par les évolutions de l'aéronef ou les objets qui s'en détacheraient aux personnes et aux biens situés à la surface.
Cette responsabilité peut être atténuée ou écartée par la faute de la victime."

Art. 36 des Dekrets vom 30. November 1955 brachte bezüglich Satz 2 der oben angeführten Bestimmung folgende Neuformulierung: "Cette responsabilité ne peut être atténuée ou écartée que par la preuve de la faute de la victime."

1384, al. 1er, du C.c. - sur une présomption de faute, mais sur un principe objectif de responsabilité, édicté en dehors de toute faute" 543). Oder an anderer Stelle: "La présomption de responsabilité de l'art. 1384 ... a les mêmes conséquences que la présomption irréfragable de l'art 53" 544). Man ersieht aus diesen beiden Zitaten, wie sich die französische Rechtslehre bemüht - selbst begrifflich - einen Übergang auf die neue, ungewohnte und bekämpfte Art der Haftung zu finden. Die Ausdrücke "présomption de faute" oder "présomption de responsabilité" 545) werden immer wieder herangezogen, wenngleich hier dann doch die "théorie du risque" den Sieg davon trägt 546).

Das neue, für die Franzosen so revolutionäre Phänomen, bringt, über seine eigene Existenzbegründung hinaus, große dogmatische Schwierigkeiten für die Frage des Kompensationsprinzips. Es darf nicht verkannt werden, daß, ähnlich wie im deutschen und teilweise im schweizerischen Recht, der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung die Schwierigkeiten vermehrte: "Le texte ne précise pas la manière d'opérer le partage" 547). Die Meinungen darüber, wie die Berücksichtigung der zurechenbaren Mitverursachung innerhalb dieses Gefährdungshaftungstatbestandes vorzunehmen ist, sind nach den bisherigen Feststellungen beim deutschen und schweizerischen Recht nicht neu 548):

a) Nach der ersten Theorie ist der Halter des Luftfahrzeugs immer dann von seiner Haftung befreit, wenn er bei eigener schuldloser Verhaltensweise ein Verschulden des Geschädigten nachweist; sie läßt also weder eine Abwägung zu, noch berücksichtigt sie die vom Halter ausgehende Betriebsgefahr einem Verschulden des Geschädigten gegenüber 549).

b) Eine zweite Theorie erlaubt trotz Schuldlosigkeit des Halters die bloße Reduzierung des Schadensersatzes einem mitwirkenden Verschulden des

---

543) Stanesco, La responsabilité dans la navigation aérienne, Paris 1951, p.31 f.

544) Lemoine, Traité de droit aérien, Paris 1947, p.592 (nº 888).

545) Diese Begriffe gehören, wie oben gezeigt wurde, dem Verschuldenssystem an.

546) "Elle a, en effet, le grand mérite de laisser subsister à la charge de l'aéronef la responsabilité objective à laquelle l'a soumis le législateur en considération des risques particulièrement graves, qu'il fait courir à autrui. Elle respecte aussi sa volonté en permettant de graduer les effets de la faute de la victime." So Lemoine, a.a.O. p.592 (nº 888).

547) Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. II, p.438 (nº 1456).

548) Vgl. zum folgenden insbesondere Stanesco, a.a.O. p.31 f.

549) Diese Meinung entspricht der in Deutschland neuerdings wieder von Friese vertretenen Auffassung, o. p.105.

Geschädigten gegenüber und trägt damit auch in diesem Falle dem gesetzlichen Haftungsgrund der "Betriebsgefahr" Rechnung.

Die herrschende Lehrmeinung hat sich der letzten Auffassung angeschlossen[550]. "L'article 36 ne déroge donc en rien aux principes généraux applicables au fait de la victime"[551].

3. Zurechenbare Mitverursachung in Projekten zur Neuregelung des Straßenverkehrsrechts

Bislang beruht die Haftung aus Verkehrsunfällen vorbehaltlos auf den Haftungsprinzipien der Verschuldenshaftung in ihrer durch Schuldvermutungen verschärften Form[552], konkret auf art. 1384, al. 2e, C.c. "Il est admis que celui qui a la garde d'une chose ne peut faire tomber cette présomption qu'à la condition de prouver que le dommage causé par le fait de cette chose a été en réalité provoqué, soit par un cas fortuit ou de force majeure, soit par la faute d'un tiers dont il n'est pas civilement responsable, soit par celle du demandeur"[553]. Für die Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens gelten die allgemeinen Grundsätze[554]. Indessen bestehen schon seit Beginn der dreißiger Jahre Bestrebungen, auch innerhalb des Verkehrsunfallsrechts Gefährdungshaftungstatbestände zu schaffen[555]. Damals schon hat die Société d'Etudes légis-

---

550) Vgl. vor allem Stanesco, a.a.O. p. 30 ff., der sich seinerseits wieder auf Lemoine beruft; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, a.a.O. p. 211 f. (no 1591); Savatier, Traité, t. I, p. 537 (no 428).

551) Mazeaud-Tunc, a.a.O. p. 438 (no 1456).

552) Vgl. Lebreton, a.a.O. p. 13; Savatier, Traité, t. I, p. 428 f. (no 331) allerdings mit gewissen Vorbehalten von 1934 und der damaligen Entscheidung des Kassationshofes an, Req. 13 avril 1934, D. 1934. 1. 41 mit note Savatier.

553) Capitant, Les passages cloutés, D.H. 1931 chron 17 ff. (18); zur Anwendung auf das Straßenverkehrsrecht p. 20: "Appliquons maintenant ces règles au cas du piéton renversé par une automobile alors qu'il traverse la chaussée en un point interdit par l'arrête. L'imprudence qu'il a commise est la cause premier de l'accident; elle le prive du droit d'invoquer le bénéfice de la présomption légale. Il faut donc qu'il prouve la faute de l'automobiliste, et, même dans ce cas, sa propre faute sera prise en considération pour l'évaluation des dommages et intérêts."

554) Ausführlich dazu Lebreton, a.a.O. p. 26.

555) Vgl. dazu die Aufzählung der anerkannten Gefährdungshaftungstatbestände im französischen Recht bei Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. I, p. 82 ff. (no 78 ff.).

latives bezüglich der Unfälle durch Motorfahrzeuge gefordert, daß nur eine "faute inexcusable de la victime" den Fahrzeughalter von seiner Haftung befreien kann[556]. Wie diese Entwicklung angesichts der ablehnenden Haltung namhafter Theoretiker[557] weitergehen wird, läßt sich heute noch nicht absehen.

4. Zurechenbare Mitverursachung im Prozeßrecht

Im französischen Prozeßrecht ließen sich keine Hinweise auf eine etwaige Berücksichtigung des Kompensationsprinzips finden.

---

556) Zitiert nach Mazeaud-Tunc, a.a.O., t. I, p.439 (n° 1456).

557) Erinnert werden soll nur an die unnachgiebige Haltung von Mazeaud-Tunc.

4. KAPITEL

Mitwirkendes Verschulden bei Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung

1. Abschnitt
Mitverschulden im deutschen Bereicherungsrecht

Trotz der Ausdehnung seines Anwendungsbereiches blieb dem § 254 BGB nach heute herrschender Meinung der Zugang zum Bereicherungsrecht absolut verschlossen[558]. Daher kann in jenen Fällen, in denen auch bei Bereicherungsansprüchen ein beiderseitiges Verschulden des Bereicherten und des Entreicherten vorliegt, weder eine direkte noch eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB erfolgen.

Schon im klassischen römischen Recht galt die deliktische Basis der Bereicherungshaftung[559] - Haftung für unerlaubtes "Haben" - nicht mehr. Es entstand im Bereicherungsrecht eine neue Rechtskategorie. Während das französische Recht dennoch lange Zeit versuchte, die Bereicherung über das Schadensersatzrecht zu erfassen[560], stand das deutsche Recht schon sehr bald[561] auf dem Standpunkt, es handle sich um ein selbständiges, vom Deliktsrecht losgelöstes Rechtsinstitut. Die Bereicherungshaftung bezweckt nicht wie das Schadensersatzrecht den "Rechtsgüterschutz"[562], sondern ausschließlich "die Korrektur möglicher-

---

558) Cohn, a.a.O. p.380; Soergel-Hahne, a.a.O. Anm. 2b zu § 254; Staudinger-Werner, a.a.O. Anm. 23 zu § 254; Ermann, Handkommentar zum BGB, 2. Aufl., Münster 1958, Anm. 2c zu § 254. BGHZ 14, 7 (10); OLG Köln Recht 1927, 1185.

559) Vgl. Kaser, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, München 1955, p.495 f. Zum historischen Vergleich sei noch angeführt: Planitz, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949, p.130 f. und p.124.

560) S.u. p.137.

561) Insbesondere das Naturrecht stellte die Bereicherungshaftung auf einen originären Ausgangspunkt, den der allgemeinen Billigkeit. Kritisch dazu v.Caemmerer, a.a.O. p.334 ff.

562) Esser, Schuldrecht, p.766.

weise formell wirksamer sachlich unbegründeter Güterverschiebungen"[563]. "Der Bereicherte hat nicht durch die Annahme rechtswidrig gehandelt. ... Er hat in vielen Fällen gar nicht gehandelt. Aber sein Erwerb ist, weil ohne Rechtsgrund, 'ungerechtfertigt', das Behalten daher i.V. zum Leistenden bzw. Entreicherten ein Unrechtszustand"[564].

Aus diesem wesensmäßigen Unterschied von Bereicherungs- und Schadensersatzrecht rührt es, daß § 254 BGB bei Bereicherungsansprüchen keine Anwendung finden soll: der Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung im Sinne der §§ 812 ff. BGB sei kein Schadensersatzanspruch, nur bei einem solchen aber könne dem Wortlaut des § 254 BGB nach eine Abwägung gegenseitigen Verschuldens stattfinden[565]. Es wird eingeräumt, daß es Fälle geben kann, bei denen eine derartige Verschuldensabwägung auch bei der Bereicherungshaftung geboten ist[566]. Der Bundesgerichtshof will dann aber lediglich die allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben, also § 242 BGB, anwenden[567].

Im folgenden wird untersucht, ob die herrschende Meinung[568] heute noch haltbar ist, insbesondere, ob die Bedenken gegen die Anwendung von § 254 BGB angesichts der sogenannten Eingriffskondiktion begründet sind.

I. MITVERSCHULDEN UND EINGRIFFSKONDIKTION

Die Fälle der Bereicherung "in sonstiger Weise" des § 812 BGB werden heute zusammengefaßt unter dem Begriff der "Eingriffskondiktion". Dieser Terminus ist jedoch zu eng, um alle Fälle der "Bereicherung aus fremdem Gut"[569] erfassen zu können. Wie v. Caemmerer gezeigt hat[570], setzt die "Eingriffs-

563) Esser, ebd.; vgl. jedoch auch hierzu die kritischen Bemerkungen von v.Caemmerer, a.a.O. p.337.

564) Esser, Schuldrecht, p.766.

565) So insbesondere Cohn, a.a.O. p.380 und BGHZ 14, 7 (10). Das Urteil führt aus: § 254 gilt "seinem Wortlaut nach nur für Schadensersatzansprüche und seinem Rechtsgedanken nach in gesetzlich nicht geregelten Fällen beiderseitigen Verschuldens..., das gegeneinander abzuwägen ist."

566) BGHZ 14, 7 (10).

567) Ebd.

568) S.o. Fußn. 558.

569) v. Caemmerer, a.a.O. p.352.

570) Ebd.

kondiktion" nicht immer einen rechtswidrigen Eingriff in fremdes Vermögen voraus[571], doch handelt es sich "vor allem"[572] um jene Fälle des Erwerbs auf Grund rechtswidrigen Eingriffes. Geht man zunächst von dieser überwiegenden Anzahl der Fälle aus, so zeigt sich die Nachbarschaft zur unerlaubten Handlung besonders deutlich. Obwohl ein großer Teil der gegenwärtigen Autoren[573], die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung in sonstiger Weise darin sieht, "daß die Verwendung der Sache im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des Eigentums steht"[574], ist der Eingriff in der Mehrzahl der Fälle ein Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung und damit rechtswidrig. Um die Deliktsfolgen nach § 823 BGB auszulösen, bedarf es dann lediglich noch des Hinzutretens subjektiver Zurechenbarkeit für den Eingreifenden. Der Bereicherungsanspruch, dem ein rechtswidriger Eingriff vorausgegangen ist, käme dann einem Schadensersatzanspruch sehr nahe, wenn auch ein Verschulden des Eingreifers gegeben wäre. Deshalb wurde auch auf die "Verwandtschaft" der Eingriffskondiktion mit dem deliktischen Schadensersatzanspruch hingewiesen[575]. Zur Demonstration des engen Verhältnisses zwischen Eingriffskondiktion und Schadensersatz aus un-

---

571) Insoweit beziehe ich mich auf einen Brief von Herrn Professor Dr. v. Caemmerer vom 22.9.1960, in dem ausgeführt wird, daß eine begriffsjuristische Auslegung des Terminus "Eingriffskondiktion" in dieser Weise ausgeschlossen ist.

572) v. Caemmerer, a.a.O. p.352.

573) Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht - Kritik und Aufbau -, Graz 1934, p.27 ff.; Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, Karlsruhe 1951, § 2 II; Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929 (unveränderter Nachdruck 1958), p.421; v. Caemmerer, a.a.O. p.353; Mestmäcker, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521 (523); Esser, Schuldrecht, p.804; Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, München-Berlin 1960, p.460.
A.A. Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957, p.174 mit Verweisung; Siber, a.a.O. p.417; vgl. auch Enneccerus-Lehmann, 14. Bearbeitung, p.840 f.
Diese gegenteilige Ansicht sieht die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung in der Rechtswidrigkeit des Eingriffs und faßt die "Zuordnungslehre" als wenig sinnvollen Ballast der sachenrechtlichen Terminologie auf.

574) v. Caemmerer, a.a.O. p.353.

575) Baur, a.a.O. p.460.

erlaubter Handlung wurde auch auf § 951 Abs. II BGB aufmerksam gemacht[576], der auf den Schadensersatzanspruch aus Delikt Bezug nimmt[577]. Sicherlich kann damit - schon aus Gründen der prinzipiellen Verschiedenheit von Bereicherungsrecht und Schadensersatzrecht - keine Anspruchsidentität hergeleitet werden, jedoch kann in dem Bereicherungsanspruch auf Grund eines Eingriffes eine derart starke Annäherung an den Schadensersatzanspruch gesehen werden, daß ein Beharren auf dem Wortlaut des § 254 BGB nicht gerechtfertigt erscheint. Die Argumentation mit dem Wortlaut des § 254 BGB wird zudem mehr als fragwürdig, wenn man die allgemeine Bedeutung des dem Kompensationsprinzip zugrundeliegenden Rechtsgedankens in Rechnung zieht. In Wirklichkeit wurde ja gerade aus dem Gesichtspunkt der in § 254 BGB enthaltenen allgemeinen Richtlinie heraus die strenge Begrenzung der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens auf Schadensersatzansprüche nie konsequent durchgeführt. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 254 BGB wurde, um hier nochmals auf einige Beispiele einzugehen, ausdrücklich bejaht beim Rücktrittsrecht[578], bei Ansprüchen wegen einer von beiden Teilen zu vertretenden Unmöglichkeit[579], bei Wandelungsansprüchen, wenn die Rückgewähr durch beiderseitiges Verschulden unmöglich geworden ist[580], kurz, bei einer ganzen Reihe von Ansprüchen, die ihrem Wesen nach keine Schadensersatzansprüche sind. Rechtslehre und Rechtsprechung haben die analoge Anwendung des § 254 BGB auch auf den Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB zugelassen[581], obwohl es sich hier keinesfalls um einen Schadensersatzanspruch im Sinne des § 254 BGB handelt[582].

Schließlich kann auch in der prinzipiellen Unterscheidung von Bereicherungs- und Schadensersatzrecht kein Hindernis für eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB gesehen werden. Unbeschadet des Unterschieds, daß für die Deliktshaftung "die Rechtswidrigkeit der Handlung und des Erfolges, für die Bereiche-

---

576) Es ist allgemein anerkannt, daß es sich bei dieser Bestimmung um einen Fall der Eingriffskondiktion handelt; vgl. stellvertretend für alle: Baur, a.a.O. p.460.

577) Baur, a.a.O, p.461.

578) RGZ 71, 191.

579) RGZ 94, 141.

580) RGZ 56, 267.

581) RGZ 138, 327; RG JW 1912, 589; Baur, a.a.O. p.94; Schmidt, Der negatorische Beseitigungsanspruch, Stuttgart 1924, p.108; Offtermatt, Dinglicher Beseitigungsanspruch und Duldungsanspruch, Diss. Tübingen 1937, p.127 ff.; Langenbach, Anmerkung zu RGZ 138, 327 in JW 1933, 690 f. - A.A. Venzmer, a.a.O. p.220 (RNr. 36).

582) Baur, a.a.O. p.94.

rungshaftung nur der ungerechtfertigte Erfolg charakteristisch"[583] ist, stehen sowohl Bereicherungs- als auch Schadensersatzrecht im Dienste der ausgleichenden Gerechtigkeit[584]. Dieser wiederum dient aber auch die Bestimmung des § 254 BGB. Das gilt umsomehr in den Fällen, in denen - wie beim Eingriffserwerb - die Grenzen zwischen unrechtmäßiger Handlung und ungerechtfertigtem Erfolg flüssig sind.

In der Literatur wurde deshalb wenigstens für den Fall der Eingriffskondiktion die Anwendung des § 254 BGB im Bereicherungsrecht gefordert[585]. Begründet wurde dieser Schritt vor allem mit dem Hinweis auf die "verwandte" Beziehung zwischen § 254 BGB und § 242 BGB[586]. Dieser Gesichtspunkt ist aber nicht, wie man nach den Ausführungen Mestmäckers[587] annehmen könnte, auf die Eingriffskondiktion beschränkt, er führt weiter in das Gebiet der Leistungskondiktion und umfaßt damit das gesamte Bereicherungsrecht.

II. MITVERSCHULDEN UND LEISTUNGSKONDIKTION

Das deutsche Recht kennt in § 812 BGB eine Generalklausel für die ungerechtfertigte Bereicherung, die jedoch weit weniger umfassend gestaltet ist als in manch anderer Rechtsordnung[588]. Neben dieser "Generalklausel" stehen zahlreiche bereicherungsrechtliche Einzeltatbestände, die teilweise über das ganze Bürgerliche Gesetzbuch verstreut sind. Alle Bereicherungstatbestände einschließlich § 812 BGB sind in ihrer Begrenzung und in ihrem tatbestandsmäßigen Aufbau streng und lassen sich nicht dehnen[589]. Die Entwicklungsepoche, in welcher der Grund für den Bereicherungsanspruch fast ausschließlich in der "Billigkeit" gesehen wurde, ist überwunden. "Das Bereicherungsrecht ist kein Recht höherer Ordnung"[590] mehr; darüber können auch die zahlreichen Entscheidun-

---

583) Esser, Schuldrecht, p.767.
584) Esser, Schuldrecht, p.766.
585) Mestmäcker, a.a.O. p.524.
586) Ebd.
587) Mestmäcker, a.a.O. p.521 ff.
588) S. beispielsweise u. p.135 für das schweizerische Recht.
589) Esser, Schuldrecht, p.765, spricht von strenger "Normgebundenheit des Bereicherungsrechts, die keine freien Billigkeitsmaßstäbe duldet".
590) v. Caemmerer, a.a.O. p.339 mit weiteren Hinweisen.

gen höchster Gerichte, die den Grundsätzen von Treu und Glauben innerhalb des Bereicherungsrechts besondere Bedeutung zuerkennen[591], nicht hinwegtäuschen. Die für die Nichtanwendbarkeit des § 254 BGB im Bereicherungsrecht grundlegende Entscheidung des Bundesgerichtshofes[592] kann deshalb nicht so verstanden werden, als erfolge der Hinweis auf Treu und Glauben ersatzweise für § 254 BGB aus dem Gesichtspunkt der "Höherwertigkeit" des Bereicherungsrechts. Eben weil die Bereicherungstatbestände nicht hierarchisch anderen Rechtssätzen übergeordnet sind, weil ihre Regelung straff und speziell ist, bedarf es der besonderen Heranziehung von § 242 BGB, will man einem beiderseitigen Verschulden auf der Grundlage dieser höchstrichterlichen Entscheidung Rechnung tragen. Nur mit Hilfe von § 242 BGB läßt sich nach Meinung des Bundesgerichtshofes der starren Regelung der Bereicherungstatbestände in den Fällen, wo dies wegen beiderseitigen Verschuldens nötig ist, begegnen.

Der Bundesgerichtshof[593] hat sich inzwischen endgültig zu der Überzeugung bekannt, daß § 254 BGB im Verbot des "venire contra factum proprium", einem Unterfall des § 242 BGB, seine Wurzeln hat. Damit besteht eine unmittelbare Beziehung zwischen § 242 und § 254 BGB[594]. Handelt es sich um die Berücksichtigung eines beiderseitigen Verschuldens innerhalb des Bereicherungsrechts, so ist nicht einzusehen, daß die Heranziehung des § 254 BGB - der nach Ansicht des Bundesgerichtshofes spezielleren Treu-und-Glaubens-Vorschrift - ausgeschlossen sein soll.

Aus diesen Gründen sind die Bedenken, die gegen eine analoge Anwendung des § 254 BGB auf das Bereicherungsrecht bestehen, nicht mehr gerechtfertigt. In den Fällen, in denen innerhalb des Bereicherungsrechts beiderseitiges Verschulden zur Abwägung steht, bedarf es nicht mehr des letzten Mittels in Gestalt des § 242 BGB.

---

591) RGZ 69, 246; 97, 312; 147, 285; BGH LM § 812 Nr. 33.
592) BGHZ 14, 7 (10).
593) BGH NJW 1961, 655.
594) S.o. p. 22ff.

2. Abschnitt

Mitverschulden im schweizerischen Bereicherungsrecht

Im Gegensatz zum deutschen Recht besitzt das schweizerische Obligationenrecht in Art. 62 Abs. I[595] eine umfassende Generalklausel für die ungerechtfertigte Bereicherung. Wird im deutschen Recht nichts anderes berücksichtigt "als die strikte Rechtslage"[596], so gilt im schweizerischen Recht der Grundsatz, "daß die Bereicherungsordnung der Gerechtigkeit und der Billigkeit zum Durchbruch verhelfen soll"[597]. Damit ist aber schon der Ausgangspunkt der Untersuchung ein völlig anderer. Die Regelung des schweizerischen Rechts, die einen Billigkeitsausgleich vornimmt, ist nur durch die teilweise recht enge Anlehnung an das französische Recht[598] zu erklären[599]. Es ist deshalb kaum verwunderlich, daß sich die schweizerische Rechtswissenschaft hinsichtlich des mitwirkenden Verschuldens im Bereich der Kondiktion der Problematik, die im deutschen Recht besteht, nur wenig bewußt wird. Soweit ersichtlich, haben sich bislang weder Doktrin noch Rechtsprechung mit dem Problem der Anwendbarkeit von Art. 44 OR auf Bereicherungsansprüche befaßt[600].

Das Bundesgericht hat allerdings in neuerer Zeit in dem Institut des sogenannten Rückforderungsschadens eine Rechtskategorie geschaffen, die gewisse Anklänge an den hier untersuchten Problemkreis bringt[601]. Der zur Rückgewähr verpflichtete Bereicherte kann in bestimmten Fällen die Bereicherungsleistung vermindern um den Schaden, der ihn auf Grund der Rückgabepflicht trifft. Beispiel dafür wäre eine Vermögensminderung des Bereicherten, die er bei der

---

595) Die Bestimmung lautet: "Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines Andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten."

596) Esser, Schuldrecht, p. 764.

597) Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Versicherungsrechts, 5. Aufl., Zürich 1956, p. 181.

598) S.u. p. 136 ff.

599) Vgl. Grauer, Die ungerechtfertigte Bereicherung im französischen Privatrecht unter Berücksichtigung des deutschen bürgerlichen Rechts, Heidelberg 1930, p. 94.

600) Das entnehme ich einem Brief von Herrn Professor Dr. Karl Oftinger, Zürich, vom 1. 12. 1960.

601) BGE 64 II 121 (130 ff.); 73 II 108.

Rückgewähr der ungerechtfertigt empfangenen Leistung erleidet, weil er im Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbes nach der Zuwendung eines Gegenstandes den früher benützten weggegeben oder Neuanschaffungen von Gegenständen zu einem günstigen Preis unterlassen hat[602]). Denkbar sind auch Fälle, in denen der Entreicherte die Vermögensverschiebung zum Bereicherten auf Grund fahrlässiger Unkenntnis[603]) des fehlenden Rechtsgrundes vorgenommen oder geduldet hat, ferner Fälle, in denen der zur Rückforderung Berechtigte seinen Rückforderungsanspruch trotz nachträglicher Kenntnis der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung nicht rechtzeitig geltend gemacht hat[604]). In allen diesen Fällen, wo es gilt, einen Umstand auszugleichen, der in der Person des Entreicherten liegt, erfolgt dieser Ausgleich im schweizerischen Recht durch die Bereicherungsordnung selbst. Sie ist höherwertiges Recht, unmittelbar fußend auf dem Billigkeitsprinzip. Der Ausgleich ungerechtfertigt eingetretener Vermögensverschiebungen kann deshalb nicht in starren Regeln erfolgen, sondern jeweils unter dem Aspekt der Billigkeit. Bedarf es in besonders gelagerten Fällen der Berücksichtigung des Verhaltens des Entreicherten, so erfolgt sie nicht als Korrektur einer strikten Rechtsfolgenregelung (beispielsweise unter Zuhilfenahme der Treu-und-Glaubens-Regel), sondern unmittelbar durch das Bereicherungsausgleichssystem selbst.

3. Abschnitt

Mitverschulden im französischen Bereicherungsrecht

Gegenüber dem deutschen und dem schweizerischen Recht nimmt die französische Rechtsordnung schon durch die Tatsache, daß das Bereicherungsrecht nicht

---

602) Guhl, Obligationenrecht 1956, p. 181 f.

603) Bei positiver Kenntnis kommt der Bereicherungsanspruch ohnedies nicht in Frage.

604) Dazu ließe sich folgendes Beispiel bilden: Nachdem Wertpapiere ohne causa von A auf B übertragen worden sind, steigt der Kurs dieser Papiere ganz erheblich an. A erfährt nunmehr, daß ihm ein Kondiktionsanspruch zusteht, er macht ihn jedoch aus Nachlässigkeit nicht alsbald geltend. B, der die Wertpapiere demnächst zu verkaufen beabsichtigt, schließt im Vertrauen auf den hohen Kursgewinn einen Abzahlungsvertrag über einen wertvollen Gegenstand ab.

kodifiziert ist[605], eine Sonderstellung ein. Dennoch hat sich eine allgemeine Bereicherungsklage im Laufe der Zeit durchgesetzt[606]. Aus der römisch-rechtlichen "actio de in rem verso"[607] entwickelten Theorie und Rechtsprechung das allgemeine Rechtsinstitut des "enrichissement sans cause", oder, wie es auch genannt wird, des "enrichissement injuste".

Die dogmatischen Grundlagen für diese Bereicherungsklage wurden auf den verschiedensten Gebieten gesucht. Auf die zahlreichen Konstruktionen[608] soll hier nicht näher eingegangen werden; erwähnt sei nur, daß bedeutende Vertreter der französischen Rechtslehre die Klage als "quasi-deliktische" unmittelbar dem eigentlichen Schadensersatzrecht gleichstellten[609]. Die Vertreter der "théorie du risque" wollten sogar in der Bereicherungshaftung einen Fall der

---

605) Der C.c. enthält nur verstreute Einzelregelungen, wie beispielsweise: Verwendungen art. 548, 861, 862, 1381, 1634, 1635, 1673, 1890, 1947, 2175; "rétention de l'indû" art. 1376 ff.; damit sollten nur die wichtigsten Fälle genannt werden. Vgl. zu dieser Aufzählung: Vergniaud, L'enrichissement sans cause, Paris 1916, p.33 f.

606) Zur geschichtlichen Entwicklung Ausführlicheres bei Grauer, a.a.O. p.9 ff.

607) Es handelt sich dabei um eine adjektizische Haftung. Die Klage wurde gegeben, wenn der Gewaltunterworfene (Sklave) dem Gewalthaber etwas zuwandte, das er selbst rechtsgeschäftlich erworben hatte. Der Gewalthaber war insoweit bereichert und der Dritte konnte diese Bereicherung unmittelbar vom Gewalthaber mit der actio de in rem verso herausverlangen. Als actio utilis wurde diese Klage später ausgedehnt auf die Handlung eines Freien, der im Interesse eines Dritten tätig wurde und diesen Dritten bereicherte.

608) Insbesondere die Geschäftsführung ohne Auftrag und die "revendication".

609) So vor allem Planiol, Classification des sources des obligations, Rev. crit. 1904, 224 f.; ders., Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des facultés de droit, t. II, 2e éd., Paris 1902, no 932 f., zitiert nach Grauer, a.a.O., p.15: "... si l'enrichissement obtenu sans cause aux dépends d'autrui doit être restitué, c'est qu'il n'est pas permis de le conserver, et l'on se convaincra que cette action est bien réellement quasi-délictuelle";

eine gute, kurzgefaßte Zusammenstellung bringt Carbonnier, a.a.O. p.715.

Kausalhaftung sehen[610].

Seit der berühmten Entscheidung des Kassationshofes vom 15.6.1892[611] hat sich jedoch eine wohl heute einheitliche Auffassung herausgebildet, wonach für das französische Recht, an das sich insoweit die schweizerische Rechtsordnung angelehnt hat, ausschließlich die Billigkeit den Grund der Bereicherungsklage darstellt[612].

Im Gegensatz zum schweizerischen Recht hat man sich aber für die Frage der Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens nicht auf den Billigkeitsgesichtspunkt der Bereicherungsklage berufen, sondern hat versucht, Fälle, in denen ein Verschulden des Entreicherten an der Vermögenseinbuße mitgewirkt hat, dogmatisch in das Bereicherungsrecht einzuordnen.

Man ging zunächst von der Schutzwürdigkeit des Entreicherten aus. Habe dieser zu seinem Vermögensverlust selbst beigetragen, so müsse die Rechtsordnung diesen Vermögensverlust billigen; trotz Vorliegens sämtlicher Tatbestanderfordernisse müsse die Bereicherungsklage dem Entreicherten versagt werden[613]. Die Parallele zu den §§ 814, 815, 817 BGB liegt nahe[614]. Diese Meinung stellte die weitere Forderung auf, daß die Entreicherung dem Entreicherten auf Grund eines Verschuldens nicht zurechenbar sein dürfe[615]. Demgegenüber

---

610) Vgl. Carbonnier, a.a.O. p.714.

611) "Arrêt Boudier" D. 1892.1.596; S. 1893.1.281.

612) Die Entscheidung des Kassationshofes (vgl. die vorausgehende Fußnote) "affirme que lorsqu'une personne a, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à une autre personne un avantage que justifie aucune cause légale ou contractuelle, elle a une action pour se le faire restituer, l'action de in rem verso, car il est, dans notre droit, un principe d'équité sousentendu, selon lequel nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui", so Carbonnier, a.a.O. p.709; vgl. ausführlicher dazu Théodoroff, De l'enrichissement sans cause, thèse Toulouse 1907, p.78 f.; Tartanson, L'actio "de in rem verso" en droit civil français, thèse Grenoble 1909, p.71; Poltzer, L'enrichissement sans cause, thèse Paris 1912, p.73 f.

613) Grauer, a.a.O. p.78 mit weiteren Hinweisen.

614) Ebd.

615) Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 3e éd., Paris 1921, p.407. - Ein Beispiel gibt Demogue, a.a.O., t. III, Paris 1923, p.246 f. (nº 154).

wurde eingewandt, daß das Gesetz selbst in einigen Fällen eine Klage auch dann gewähre, wenn der Kläger schuldhaft gehandelt habe [616]. Die wohl richtige Meinung wird von Demogue wiedergegeben: "Nous croyons que l'on peut concilier des deux points de vue en disant que l'appauvri répondra de sa faute conformément au droit commun et que l'indemnité due par lui diminuera ses droits contre l'enrichi. La théorie de la faute peut pénétrer dans l'action de in rem verso, mais il n'y a pas de raison pour lui donner plus de force que dans les cas ordinaires. Techniquement, nous avons encore là un cas de compénétration des sources d'obligations: la faute venant diminuer les effets de l'action d'enrichissement. Malgré la faute de l'appauvri, on peut, en tous cas, admettre qu'il existe toujours en sa faveur une obligation naturelle (Toulouse, 26 mai 1908, S. 1909.2.125)" [617].

Was bedeutet das? - Die strikte Versagung der Klage in Fällen, in denen den Entreicherten ein Verschulden trifft, ist nicht nur aus gesetzlichen Gründen [618] ungerechtfertigt, sie steht auch im Widerspruch zur allgemein anerkannten Schadensteilung in den Fällen eines mitwirkenden Verschuldens. Zweckmäßig und richtig ist es daher, nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Teilung der Bereicherungshaftung durchzuführen [619]. In der praktischen Verwirklichung wird kurzerhand eine Minderung der Wirkungen der Bereicherungsklage auf Grund des Selbstverschuldens des Entreicherten angenommen. Dieser Lösungsversuch kommt einer Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln über die "faute de la victime" für das Bereicherungsrecht gleich. Die Kompensation betrifft kein gegenseitiges Verschulden im engeren Sinne. Vielmehr handelt es sich dann auch hier um die Berücksichtigung zurechenbaren Verhaltens. Das zurechenbare Verhalten wird als "obligation naturelle" bezeichnet. Entreicherter und Bereicherter haben die Folgen ihres Verhaltens insoweit zu tragen, als sie die ihnen zurechenbaren Bedingungen verantworten müssen, die zu der grundlosen Vermögensverschiebung geführt haben.

---

616) Demogue, ebd.

617) Ebd.

618) S.o. p. 138.

619) Dabei muß wiederum das Ausmaß des eigenen Verschuldens des Entreicherten in Betracht gezogen werden.

Schlußbemerkung

Das Kompensationsprinzip ist wesentlicher Bestandteil der verglichenen Rechtsordnungen. Die Rechtssysteme Deutschlands, Frankreichs und der Schweiz haben das Prinzip der Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens in gleicher Weise außerordentlich hoch bewertet. Zur Aktualisierung der von ihnen getroffenen Wertentscheidung halten sie eine große Zahl genereller und spezieller Anwendungsmodalitäten bereit. Im Grundsätzlichen übereinstimmend, ergeben sich in den Detailfragen viele Unterschiede.

Gleiches wie Verschiedenartiges aufzuzeigen ist der Sinn der Rechtsvergleichung. Darin liegt ihr Wert. Die Wertung der gewonnenen Tatsachen ist zweitrangig.

Manche Frage blieb unerörtert, eine lückenlose und abgeschlossene Darstellung eines jeden Problems des komplexen Rechtsinstituts hätte den Rahmen dieser Arbeit sprengen müssen.

Es bleibt zu hoffen, daß die Untersuchung dazu beiträgt, die Vorzüge und Schwächen des eigenen Rechts noch schärfer zu erkennen.

LITERATURVERZEICHNIS

A. Kommentare, Lehrbücher und Monographien

Adriani, Hans	Der Schuldbegriff in § 254 BGB, Leipzig 1939
Ancel, Marc	Rapport à l'association Henri Capitant sur la responsabilité sans faute. Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, t. II, 1946, Paris 1947
Arminjon-Nolde-Wolff	Traité de droit comparé, t. II, Paris 1950
Aubry et Rau	Cours de droit civil français, t. IV, 5e et 6e éd., revue par Falcimaigne, Bartin et P. Esmein, avec supplément permanent par P. Esmein, Paris 1897 - 1949
Baroncea, Démètre J.	Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur en matière contractuelle), Paris 1930
Baur, Fritz	Lehrbuch des Sachenrechts, München-Berlin 1960
Becker, H.	Kommentar zum Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Bern 1941
Beudant et Lerebours-Pigeonnière	Cours de droit civil français, de Ch. Beudant, 2e éd., publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière avec le concours des professeurs des Facultés de droit. t. IX bis, 2e éd., Paris 1952 avec la collaboration de René Rodière: Les contrats et les obligations
Bierer, Hermann	Handbuch des gesammten, in Württemberg geltenden Privatrechts, 2. Bd., Stuttgart 1863

Biermann, Franz	Kommentar zum Reichshaftpflichtgesetz, Münster 1949
" "	Kommentar zum Reichshaftpflichtgesetz, 2. Auflage, Münster 1956
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, Berlin-Frankfurt 1953
Boehmer, Gustav	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 1. Abteilung: Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1951
Böhmer, Emil	Das Reichshaftpflichtgesetz, Berlin 1950
Buckland-McNair	Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline, 2. Auflage, Cambridge 1952
v. Caemmerer, Ernst	Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I, Tübingen 1954
Capitant, Henri	Vocabulaire juridique, Paris 1936
Carbonnier, Jean	Droit civil, t. II: Les biens et les obligations, Paris 1957
Chapman, Stephen	Statutes on the Law of Torts, London 1962
Clerk	Lindsell on Torts, 12. Auflage, London 1961
Charlesworth, J.	Charlesworth on Negligence, 3. Auflage, London 1956
Cohnfeldt, Richard	Die Lehre vom Interesse nach Römischem Recht, Leipzig 1865
Colin et Capitant	Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 3e éd., Paris 1921

Colin, Capitant et Julliot de La Morandière — Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 9e éd., Paris 1942

Colin, Capitant et Julliot de La Morandière — Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 10e éd., Paris 1953

Demogue, René — Traité des obligations en général, t. III: Sources des obligations (suite), Paris 1923; t. IV: Sources des obligations (suite), Paris 1924; t. V: Sources des obligations (suite et fin), Paris 1925; t. VI: Effets des obligations, Paris 1931

Dernburg, Heinrich — Pandekten, 2. Auflage, Berlin 1889

" " — Pandekten, 5. Auflage, Berlin 1896

Enneccerus-Kipp-Wolff — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 13. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1950

Enneccerus-Kipp-Wolff — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 14. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1954

Enneccerus-Kipp-Wolff — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958
(jeweils zitiert: Enneccerus-Lehmann + Bearbeitung)

Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. III: Das Sachenrecht, 10. Bearbeitung von Ludwig Raiser, Tübingen 1957 (zitiert: Wolff-Raiser)
Ermann, Walter	Handkommentar zum BGB, herausgegeben von Walter Ermann unter Mitwirkung von Heinz Goerke, 2. Auflage, Münster 1958
Esser, Josef	Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts, Berlin 1941 (zitiert: Grundlagen)
" "	Schuldrecht, allgemeiner und besonderer Teil, 2. Auflage, Karlsruhe 1960 (zitiert: Schuldrecht)
Fechner, Erich	Rechtsphilosophie - Soziologie und Metaphysik des Rechts, Tübingen 1956
Fick, F.	Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, 1. Auflage, zugleich 4. Auflage des einbändigen Kommentars von Schneider und H. Fick, Bd. I von F. Fick unter Mitwirkung von A.v.Morlot, Zürich 1911
Finger, Hans-Joachim	Eisenbahngesetze, 3. Auflage, München-Berlin 1952
Förster-Eccius	Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, I. Bd., 7. Auflage, Berlin 1896
Friedrich, Johannes	Die hethitischen Gesetze, Leiden 1959

Friese, Hans	Kommentar zum Reichshaftpflichtgesetz, München-Berlin 1950 (zitiert: Kommentar)
Fritsch, Konstantin	Handbuch der Eisenbahngesetzgebung im Deutschen Reiche und in Preußen, 3. Auflage, Berlin 1930
Fritzsche, Hans	Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung, Bd. II, Zürich 1955
Geigel, Reinhart und Robert	Der Haftpflichtprozeß, mit Einschluß des materiellen Haftpflichtrechts, 8. Auflage, München-Berlin 1956
Gottschalk, Alfred	Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem BGB, Berlin 1903
Graf, Max	Das zivilrechtliche Verschulden des Automobilisten, (Dogmatische Bedeutung, Verschuldensbegriff, Sorgfaltspflichten), Diss. Zürich 1945
Grauer, Fritz	Die ungerechtfertigte Bereicherung im französischen Privatrecht unter Berücksichtigung des deutschen bürgerlichen Rechts, Heidelberg 1930
Guhl, Theo	Untersuchungen zu Art. 51 OR, Diss. Bern 1904 (zitiert: Untersuchungen)
" "	Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Versicherungsrechts, 1. Halbband, 2. Auflage, Zürich 1936 (zitiert: Obligationenrecht 1936)
" "	Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Versicherungsrechts, 5. Auflage, Zürich 1956 (zitiert: Obligationenrecht 1956)

Guldener, Max	Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Zürich 1958
Häberlin, Fritz	Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweizerischen Schadensersatzrecht, Diss. Bern 1924
Haller, Marguerite	Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation, thèse Paris 1926
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929 (unveränderter Nachdruck 1958)
Hedemann, Justus Wilhelm	Die Flucht in die Generalklauseln - eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933 (zitiert: Flucht)
" "	Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Auflage, Berlin 1949 (zitiert: Schuldrecht)
Herrmann, Gerhard	Umfang und Problematik des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, des préjudice moral und der Genugtuung im schweizerischen Recht in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Tübingen 1952
Hess, Fritz	Schweizerisches Luftrecht, Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen und Sachregister, Zürich 1927
Heuston, R.F.V.	Salmond on the Law of Torts, 12. Auflage, London 1957 (zitiert: Heuston/Salmond)
v. Hippel, Fritz	Richtlinien und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen - Ein Kapitel moderner Gesetzgebungskunst, Marburg 1942
Hugueney, Louis	L'idée de peine privée en droit contemporain, thèse Paris 1904

Im Hof, Walter	Die Art und Größe des Schadensersatzes und der Genugtuung bei den Klagen aus OR Titel I/II, Diss. Bern 1912
Jaeger-Daeniker	Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911 bis 1945, Bd. I, Zürich 1947
Jenks' English Civil Law,	4. Auflage, herausgegeben von P.H. Winfield, Bd. 1, London 1947
Josserand, Louis	Cours de droit civil positif français, t. II: Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil, 2e éd., Paris 1933
Jost, Arthur	Der Haftpflichtprozeß in der Schweiz, Bern 1951
Kapfer, Hans	Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 6. Auflage, Wien 1956
Kaser, Max	Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, Handbuch der Altertumswissenschaft X.3.3.1., München 1955
Kayser-Leiß	Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt, 2. Auflage, München-Berlin 1958
v.Keller, Friedrich Ludwig	Pandekten, herausgegeben von Emil Friedberg, Leipzig 1861
Koschaker, Paul	Europa und das römische Recht, München-Berlin 1947
Lalou, Henri	La responsabilité civile, principes élémentaires et applications pratiques, 2e éd., Paris 1932
" "	Traité pratique de la responsabilité civile, 5e éd., Paris 1955

Lange, Hermann	Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie, Münster 1955
Larenz, Karl	Vertrag und Unrecht, Bd. II, Hamburg 1937 (zitiert: Vertrag und Unrecht)
" "	Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München-Berlin 1958 (zitiert: Schuldrecht 1958)
" "	Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München-Berlin 1960 (zitiert: Schuldrecht 1960)
Lass-Maier	Haftpflichtrecht und Reichsversicherungsgesetzgebung, 2. Auflage, München 1902
Lebreton, Jacques	Le partage de la responsabilité dans les accidents d'automobiles, thèse Paris 1941
Lehmann, Heinrich	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 8. Auflage, Berlin 1954
Lemoine, Maurice	Traité de droit aérien, Paris 1947
Leonhard, Franz	Allgemeines Schuldrecht des BGB, München-Leipzig 1929
Lieberwirth, Ralf	Das Schmerzensgeld, Heidelberg 1960
Majer, Werner	Die Haftung der Eisenbahnen für Personenschäden nach dem Reichshaftpflichtgesetz, Diss. Tübingen 1934
Mayr, Robert	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Reichenberg 1922

Mazeaud-Tunc	Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I/II, 5e éd., Paris 1957 - 1958
Mommsen, Friedrich	Beiträge zum Obligationenrecht, 2. Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855
Müller, Carl Otto	Lehrbuch der Institutionen, Leipzig 1858
Müller, Fritz	Straßenverkehrsrecht, 21. Auflage, Berlin 1959
Muteau, Charles-François-Thérèse	De la responsabilité civile (art. 1382 et suivant de C.c.), étude morale et juridique, examen de la doctrine et de la jurisprudence, Paris 1898
Oertmann, Paul	Das Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Auflage, Berlin 1910
Offtermatt, Gerhard	Dinglicher Beseitigungsanspruch und Duldungsanspruch, Diss. Tübingen 1937
Oftinger, Karl	Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1958
" "	Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1: Besonderer Teil, Erste Hälfte, 2. Auflage, Zürich 1960
" "	Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/2: Besonderer Teil, Zweite Hälfte 2. Auflage, Zürich 1962
Oser-Schönenberger	Kommentar zum Obligationenrecht, I. Teil, 2. Auflage, Zürich 1929
" "	Kommentar zum Obligationenrecht, II. Teil, 2. Auflage, Zürich 1936

Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Auflage, München 1941
" "	Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage, München-Berlin 1956
" "	Bürgerliches Gesetzbuch, 20. Auflage, München-Berlin 1961
Pernice, Alfred	Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit 2. Bd., 1. Abteilung, 2. Auflage, Halle 1895
Pfleiderer, Walter	Die Haftung der Eisenbahn für Personenunfälle, Diss. Tübingen 1935
Piccard-Thilo-Steiner	Rechtswörterbuch Zürich 1950
Planiol, Marcel Bernard	Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des facultés de droit, t. II, 2e éd., Paris 1902
Planiol-Ripert-Esmein	Traité pratique de droit civil français, t. IV, 1ère partie: Obligations, 2e éd., Paris 1952
Planitz, Hans	Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
Pollock	Law of Torts, A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law, 15. Auflage, herausgegeben von P.A. Landon, London 1951
Poltzer	L'enrichissement sans cause, thèse Paris 1912
Rehbein-Reincke	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1. Bd., 5. Auflage, Berlin 1894

Reichsgerichtsräte-kommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Bd. I, 2. Teil, 10. Auflage, Berlin 1953 (zitiert: RGRK + Bearbeiter)
Reichsgerichtsräte-kommentar	I. Bd., 11. Auflage, Berlin 1960
Riese, Otto	Luftrecht, Das internationale Recht der zivilen Luftfahrt unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, Stuttgart 1949
Ripert-Boulanger	Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. II: Obligations: Contrat. Responsabilité. Droits réels: Biens. Propriété, Paris 1957
Ripert, Lucienne	La réparation du préjudice, thèse Paris 1933
Rossel, Virgile	Manuel du droit fédéral des obligations, Lausanne 1892
Salmond	siehe: Heuston
Savatier, René	Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence, thèse Paris 1916 (zitiert: Des effets)
" "	Traité de la responsabilité civile en droit français: Civil, administratif, professionnel, procédural, t. I: Les soúrces de la responsabilité civile, 2e éd., Paris 1951 (zitiert: Traité)
" "	Traité de la responsabilité civile en droit français: Civil, administratif, professionnel, procédural, t. II: Conséquences et aspects divers de la respon-

sabilité,
2e éd., Paris 1951
(zitiert: Traité)

Schärer, Max — Recht und Gerichtspraxis über Haftpflicht und Schadenersatz (Haftpflichtpraxis), Bern 1940

Schlegelberger — Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, 4. Bd., Berlin 1933

Schleicher-Reymann — Recht der Luftfahrt, Kommentar zur deutschen Luftfahrtgesetzgebung, 2. Auflage, Berlin 1937 mit Nachtrag

Schmidt, Reimer — Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953

Schmidt, Rudolf — Der negatorische Beseitigungsanspruch, Stuttgart 1924

Schneider-Fick — Das schweizerische Obligationenrecht mit allgemein faßlichen Erläuterungen, 2. Auflage der größeren Ausgabe, Zürich 1896

Schnitzler, Adolf F. — Vergleichende Rechtslehre, Bd. II, 2. Auflage, Basel 1961

Scholtz, Walter — Die Frage der Anwendbarkeit des § 254 BGB in den Fällen der Gefährdungshaftung unter besonderer Berücksichtigung der Tierhalterhaftung und des Reichshaftpflichtgesetzes, Diss. Göttingen 1929

Schönke-Schröder-Niese — Zivilprozeßrecht, 8. Auflage, Karlsruhe 1956

Seuffert, Johann Adam — Praktisches Pandektenrecht, 2. Bd., 4. Auflage, Würzburg 1867

Siber, Heinrich	Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II: Schuldrecht, Leipzig 1931
Siebenhaar, Eduard	Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst Publikationsverordnung vom 2. Januar 1863, 2. Auflage, Leipzig 1865
Soergel	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, 7. Auflage, Stuttgart-Leipzig-Berlin 1939
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. I, 9. Auflage des Kommentars von Soergel, Stuttgart 1959
Stanesco, Dan N.	La responsabilité dans la navigation aérienne, Paris 1951
v. Staudinger, J.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, Bd. II, Teil 1: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1959
" "	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, Bd. II, Teil 2: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 433 - 610), Berlin 1955
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Tübingen 1956
Sträuli-Hauser	Gesetz betreffend den Zivilprozeß, Zürich 1939
Street, Harry	The Law of Torts, 2. Auflage, London 1959
Swoboda, Ernst	Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants, Graz 1926

Szlechter, Emil	Les lois d'Esnunna, Paris 1954
Szpunar	Concurrent Fault in the Comparative Law, in: Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound, Indianapolis-New York 1962
Tartanson, Joseph	L'actio "de in rem verso" en droit civil français, thèse Grenoble 1909
Tassin, René	Essai sur la compensation des fautes en droit romain, suivi d'un aperçu de législation comparée, thèse Dijon 1912
Teisseire, Marie-Adolphe-Raymond	Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité, thèse Aix 1901
Terlez, F.	De la responsabilité en cas de faute partagée, dans le droit anglo-saxon et le droit français comparés, thèse Paris 1938
Théodoroff, Théodor P.	De l'enrichissement sans cause, thèse Toulouse 1907
v. Tuhr, Andreas	Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, I. Halbband, Tübingen 1924
" "	Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, II. Halbband, Tübingen 1925
v. Tuhr-Siegwart	Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I/II, 2. Auflage, Zürich 1942/44
Tuor, P.	Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 1932
Venzmer, Kurt J.	Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, München-Berlin 1960

Vergniaud, Ernest	L'enrichissement sans cause, Paris 1916
Westermann, Harry	Lehrbuch des Sachenrechts, Karlsruhe 1951
Wicher, Alfred	Handwörterbuch der französischen Rechtssprache, Frankfurt 1951
Wilburg, Walter	Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht - Kritik und Aufbau -, Graz 1934
Williams, Glanville L.	Joint Torts and Contributory Negligence, London 1951
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd., 7. Auflage, Frankfurt a.M. 1891
Wussow, Werner	Das Unfallhaftpflichtrecht, 6. Auflage, Berlin-Köln 1957
v.Zeiller, Franz	Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, 3. Bd., Wien-Triest 1812
Zitelmann, Ernst	Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I: Allgemeiner Teil, Leipzig 1900

B. Aufsätze, Rezensionen und Anmerkungen zu Gerichtsentscheidungen

Bachof, Otto	Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97
Berchtold, H.	Anmerkung zu BGH, NJW 1953, 142
Bondi, Felix	Arbeitsvertragsrecht: Analoge Anwendung des § 254 BGB auf Ansprüche aus fristloser Entlassung, Gew.u.KaufmG. 30, 558
Capitant, Henri	Les passages cloutés, D.H. 1931 chron. 17
Carl	Übersicht über die Rechtsprechung zum Straßenverkehrsrecht und zu den einschlägigen Nebengesetzen für die Zeit vom 31. Juli 1934 bis 1. Mai 1935, JW 1935, 1449
Cohn, L.	Untersuchungen zu § 254 BGB, GruchBeitr. 43, 96
Dronke, Ernst	Eigenes Verschulden, Sonderheft zu EE 25, 33
Esmein, A.	note S. 1897.1.17
Esmein, Paul	note S. 1930.1.121
" "	La faute de la victime exclut-elle la présomption de responsabilité?, Revue générale des assurances terrestres 1934, 985
" "	La commercialisation du dommage moral, D. 1954 chron. 113
Esser, Josef	Rezension von Williams, Joint Torts and Contributory Negligence, RabelsZ 1953, 751 ff.
Friese, Hans	Das Reichshaftpflichtgesetz und § 254 BGB, NJW 1951, 336 (zitiert: Reichshaftpflichtgesetz)

Ganschezian-Finck	Haftung der Gemeinden für Trümmerschäden, NJW 1950, 804
Gazeau	rapport D.P. 1934.1.43
Gelhaar, Wolfgang	Schadensausgleich bei Kraftfahrzeugunfällen, DAR 1954, 265
Gerhardt, Harald	Ausgleich der Betriebsgefahr, NJW 1954, 139
Goebel, H.	Mitwirkendes Verschulden des Angestellten bei unbegründeter Entlassung, Recht 1914, 102
Götz, Heinrich	Obliegenheiten und positive Forderungsverletzung - Entscheidungsrezension von BGHZ 11, 80, JuS 1961, 56
Goyet, F.	Etude sur le droit à réparation dans le cas où la victime a participé à l'acte dommageable ou a commis une faute personnelle, La semaine législative et judicaire 1926, 100
Haase, Richard	Über die Berücksichtigung der Mitwirkung des Verletzten bei der Entstehung eines Schadens in keilschriftlichen Rechtssammlungen, IURA Bd. 12, 1961, 222 ff.
Haymann, Franz	Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht, SZ 42, 362 ff.
J. D.	note Sem.jur. 1947.II.3601
Josserand, Louis	D.P. 1900.2.289
" "	Le travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses inanimées, D.H. 1930 chron. 5
" "	La doctrine contre la jurisprudence - Sur le problème de la responsabilité du fait des choses inanimées, D.H. 1931 chron. 69

Josserand, Louis	Vers l'objectivation de la responsabilité du fait des choses, D.H. 1938 chron. 65
Kallee	Entsprechende Anwendung des § 254 BGB auf Ansprüche aus fristloser Entlassung, Gew.u.KaufmG. 31, 413
Koebel	Billigkeitshaftung von Kindern und Jugendlichen, NJW 1956, 969
Lalou, Henri	note D. 1947.J.329
Lange, Heinrich	Mitwirkendes Verschulden des gesetzlichen Vertreters und Gehilfen außerhalb eines Verpflichtungsverhältnisses (§ 254 BGB), NJW 1953, 967
Langenbach, Ernst	Anmerkung zu RGZ 138, 329, JW 1933, 690
Le Marc'hadour	rapport D.P. 1930.1.57
Leonan	conclusions D. 1947.J.329
Matter, Paul	conclusions D.P. 1930.1.64
Mazeaud, F.	rapport zu D.H. 1940.J.141, Gaz.Pal. 1940.2.59
Mazeaud, Henri	note S. 1934.1.313
" "	note S. 1940.1.81
" "	note S. 1941.1.217
Mestmäcker, Ernst-Joachim	Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521
Müller, Arthur	Zur Schadensersatzpflicht beim Einsturz von Ruinen durch Kriegsereignisse, Anmerkung zu einem Urteil des OLG Frankfurt, NJW 1947/48, 426
Planiol, M.	Classification des sources des obligations, Rev. crit. 1904, 224

Planiol, M.	Du fondement de la responsabilité, Rev.crit. 1905, 277
Rasehorn, Theo	Die Betriebsgefahr, eine Fehlkonstruktion bei Ermittlung der Ausgleichsansprüche infolge Schadens durch mehrere Kraftfahrzeuge, NJW 1958, 1950
Richter, Hermann	Schadensersatz bei Verschulden gelegentlich der Vertragsverhandlungen, JW 1921, 664
Ripert, Georges	note D.P. 1930.1.57
" "	note D.C. 1942.J.25
" "	Le prix de la douleur, D. 1948 chron. 1
Rümelin, Max	Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf- und Civilrecht, AZP 90, 171
Saleilles, Raymond	D.P. 1897.1.433
" "	D. 1897.1.43
Savatier, René	note D. 1934.1.41
" "	note D.P. 1935.2.17
Schmincke	Arbeitsvertragsrecht: Analoge Anwendung des § 254 BGB auf Ansprüche aus fristloser Entlassung, Gew.u.KaufmG. 30, 479
Schneider, K.	Der Gedanke von Treu und Glauben in § 254 Abs. II des BGB, ArchBürgR 37, 160
Schultz, Karl	Über die Schadensberechnung beim Kauf, SJZ 14, 201
Thilo, Emile	De la réparation du tort moral en cas de faute concomitante de la victime, SJZ 24, 309
Weimar, Wilhelm	Das Mitverschulden von Kindern unter sieben Jahren, DR 1944, 608

Lebenslauf

Am 19. Juni 1935 wurde ich in Stuttgart als Sohn des Versandleiters Ernst Keller und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Stauß, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Den Schulbesuch beendete ich mit der Ablegung der Reifeprüfung am Wagenburg-Gymnasium in Stuttgart am 3. März 1955. In der Zeit von 1955 bis 1959 studierte ich neun Semester Rechtswissenschaft, davon acht Semester in Tübingen und das 5. Semester in München. Vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamtes legte ich am 18. Dezember 1959 in Tübingen die Erste juristische Staatsprüfung ab. Nach der Ausbildung als Gerichtsreferendar bestand ich am 7. Januar 1964 vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamtes in Stuttgart die Zweite juristische Staatsprüfung. Seit 1. Februar 1964 bin ich als Gerichtsassessor im Justizdienst des Landes Baden-Württemberg tätig.